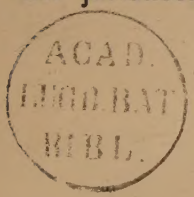
Die Errichtung von Familienfideikommissen aus dem Vermögen Minderjähriger.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau



vorgelegt von

Walter Redlich
Referendar.

Breslau
Druck von S. Lilienfeld (Inh.: S. W. Meyer), Schweidnitzerstr. 37
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner lieben Mutter
und dem Andenken meines
teuren Vaters!

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. I. Übersicht über die für die Frage in Betracht kommenden Rechtsquellen 1

§ 2. II. Plan der Darstellung 4

Hauptteil.

Erster Abschnitt: **Das Familienfideikommiß.**

§ 3. I. Begriff und geschichtliche Entwickelung 7

§ 4. II. Der Errichtungsakt 14

Zweiter Abschnitt: **Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und ihre gesetzliche Vertretung.**

§ 5. I. Allgemeines 18

II. Die rechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters

§ 6. 1. Seine Verfügungs- und Vertretungsmacht 20

§ 7. 2. Die Schranken seiner Befugnisse 23

Dritter Abschnitt: **Die Errichtung von Familienfideikommissen aus dem Vermögen Minderjähriger.**

§ 8. I. Die Errichtung durch Verfügung von Todes wegen . . . 24

II. Die Errichtung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden

1. Im Hinblick auf die Verwaltungsbefugnisse des gesetzlichen Vertreters.

§ 9. a) Die Errichtung als Verwaltungsakt überhaupt . . . 28

b) Die Errichtung als Schenkung

§ 10. α) Begriff 33

§ 11. β) Die Errichtung als unentgeltliche Zuwendung . . 35

§ 12. γ) Die Errichtung als Vertrag 38

§ 13. δ) Ergebnis 55

§ 14. c) Die Errichtung als Verfügung über das Vermögen im ganzen 58

§ 15. d) Die Errichtung als Verfügung über Grundstücke . . 60

§ 16. e) Die Errichtung als Verfügung über Wertpapiere (Kapitalfideikommisse) 65

2. Zulässigkeit der Vertretung bei Errichtung eines Familienfideikommisses überhaupt (die Errichtung als höchstpersönlicher Akt).

§ 17. a) Allgemeines 68

§ 18. b) Die Errichtung als Stiftungsgeschäft 73

§ 19. c) Die Errichtung als Verfügung auf den Todesfall . . 75

§ 20. d) Die Errichtung als höchstpersönlicher Akt nach den Vorschriften des ALR. 83

Schluß.

§ 21. Ergebnis der Untersuchung 86

Literatur-Verzeichnis.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen. Berlin 1901.

Berthold: Die Rechte der Familienfideikommißanwärter bei Veräußerungen und Belastungen von Familienfideikommißgut. Diss. Heidelberg 1905.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, Bd. II, Teil 2, Göttingen 1840.

Böhm: Das Vormundschaftsrecht des BGB. Hannover 1899.

Bornemann: Preußisches Zivilrecht, Bd. VI, Berlin 1845.

Brauer: Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung. Bd. II. Karlsruhe 1810.

Breit: Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Nürnberg 1908.

„ Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. 4. Jahrg. Leipzig 1904.

Brunner: Artikel „Familienfideikommiß, in Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd. I, 3. Aufl. Leipzig 1880.

„ Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 3. Aufl. Leipzig 1908.

Costa: Entwicklungsgeschichte des deutschen Familienfideikommisses. München 1864.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen-Leipzig 1900 ff.

Crusen-Müller: Preußisches Ausführungsgesetz zum BGB. Berlin 1901.

Demelius: „Über fingierte Persönlichkeit" in Jher. Jahrb. Bd. IV. Jena 1861.

Dernburg: Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie. Berlin 1875.

„ Pandekten, Bd. III, 5. Aufl. Berlin 1897.

„ Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Halle Bd. I, 5. Aufl. 1894, Bd. III, 4. Aufl. 1896.

„ Das bürgerliche Recht. Halle 2. u. 3. Aufl.

Duncker: Das Gesamteigentum. Marburg 1843.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, 3. Aufl. Marburg 1908.

Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals.

„ des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Erbrechtsentwurf nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes (Vorlage des Redaktors). Berlin 1879.

Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin u. Leipzig 1887.

Fohr: „Die elterliche Gewalt nach dem Rechte des Deutschen Reichs" im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 92. Tübingen und Leipzig 1902.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 6. Aufl. Berlin 1892, 1893.

Frese: Zur gemeinrechtlichen Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung. Rostock, 1889.
Fuchs: Das deutsche Vormundschaftsrecht. Berlin 1899.
„ 3. Abschnitt des Kommentars zum Familienrecht von Schmidt-Hedemann-Fuchs. München 1909.
Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8/9 Aufl., 2. Bd. Tübingen 1908.
Gerber: „Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiß", in Jher. Jahrb. Bd. I, Jena 1857.
„ „Die Familienstiftung in der Funktion des Familienfideikommisses", in Jher. Jahrb., Bd. II. Jena 1858.
Gierke: Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. I, Berlin 1868.
„ „Die juristische Persönlichkeit des hochadligen Hauses", in Grünhuts Zeitschrift Bd. V. Wien 1878.
„ Artikel „Familienfideikommisse", in Conrad-Elsters Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl., Bd. IV. S. 104 ff., Jena 1909.
„ Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, in Jher. Jahrb. Bd. 35, Jena 1896.
Gierke, Otto Hans: Der Verzicht des Fideikommißbesitzers, in Jher. Jahrb. Bd. 49. Jena 1905.
Güthe: Die Grundbuchordnung, Bd. I und II, Berlin 1905.
Guttmann: Ist nach dem gegenwärtig in Schlesien geltenden Rechte der Vormund berechtigt, aus dem Vermögen seines Mündels ein Familienfideikommiß zu errichten? Breslau 1910.
Hager: Familienfideikommisse. Diss. Jena 1897.
Hinschius: „Zur Lehre von den Familienstiftungen", in der preußischen Anwaltszeitung 1866, S. 17 ff., 113 ff., 385 ff., 417 ff.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Kamptz: Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung, Bd. 41.
Knipschildt: De fideicommissis familiarum nobilium sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur, von Stammgütern tractatus. Ulm 1654.
Koch: Das preußische Erbrecht. Berlin 1866.
Koch-Hinschius: Kommentar zum ALR. Berlin-Leipzig 1884.
Lewis: Das Recht des Familienfideikommisses. Berlin 1886.
Miaskowski, v.: Das Erbrecht und die Grundeigentumsverteilung im deutschen Reiche, Bd. II, Leipzig 1884.
Negelein, v.: Die rechtliche Natur und die Ausgestaltung der Sukzession in Fideikommisse. Diss. Heidelberg 1907.
Niedner: Das Einführungsgesetz zum BGB. Berlin 1899.
Oertmann: Bayerisches Landesprivatrecht Halle 1903.
Opet- v. Blume: Das Familienrecht des BGB. Berlin 1906.
Pfaff-Hofmann: Exkurse über österreichisches bürgerliches Recht. II. Bd., 2. und 3. Heft. Wien 1878, 1882.
Pfeiffer: Die Lehre von den juristischen Personen. Tübingen 1847.

Planck: Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Berlin 1903 ff.
Rakenius: Die Hausgüter des hohen Adels um die gewöhnlichen Familienfideikommisse. Diss. Heidelberg 1905.
Ramdohr: Das Familienfideikommiß im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechts. Berlin 1909.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Rehbein: Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals, Bd. IV. Berlin 1895.
Rosin: „Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen", in Iher. Jahrb. Bd. 32. Jena 1893.
Roth: „Stiftungen" in Iher. Jahrb. Bd. I. Jena 1857.
„ System des deutschen Privatrechts Bd. 3. Tübingen 1886.
Sachenrechtsentwurf nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes (Vorlage des Redaktors.) Berlin 1880.
Salza, v.: Artikel „Familienfideikommiß" in Weiskes Rechtslexikon, Bd. IV, Leipzig 1843.
Schultzenstein: „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und Prozeßunfähigkeit", in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 35. Berlin 1906.
Seufferts: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Simon-Strampff: Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe Bd. I. Berlin 1828.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 3/4. Aufl. München 1907 ff.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Teil. Berlin 1896, 1897.
Stölzel: „Über fideikommissarische Substitutionen", in Gruch. Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 19. Berlin 1875.
Striethorst: Archiv für Rechtsfälle.
von Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. Leipzig 1910.
Turnau: Die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, Bd. I. Paderborn 1892.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht Bd. I. Paderborn 1900.
Vorschläge zu dem Entwurf eines EGBGB., vom Standpunkte des Sachenrechts (Vorlage des Redaktors). Berlin 1882.
Walter: Kann nach altländisch preußischem Rechte der Vormund eines Minderjährigen aus dessen Vermögen ein Familienfideikommiß errichten? Berlin 1875.
Weißler: Preußisches Landesprivatrecht, Bd. I. Leipzig 1900.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III. Frankfurt a/M. 1906.
Wolff: Die Neugestaltung des Familienfideikommißrechts in Preußen. Berlin 1904.
Zedlitz-Neukirch, v.: Die Rechte der Anwärter bei dem deutschen Familienfideikommiß. Diss. Freiburg 1894.
Zimmerle: Das deutsche Stammgutssystem. Tübingen 1857.
Zitelmann: Zum Grenzstreit zwischen Reichs- u. Landesrecht. Leipzig 1902.

Einleitung.

§ 1.

I. Uebersicht über die für die Frage in Betracht kommenden Rechtsquellen.

1. Am 1. Januar 1900 ist das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten. Während bis zu diesem Tage auf dem Gebiete des Privatrechts in den einzelnen Teilen des Reiches die verschiedensten Rechtsquellen maßgebend waren, ist mit dem 1. Januar 1900 grundsätzlich eine nationale Einheit geschaffen. Das BGB hat die weitaus wichtigsten Materien selbst geregelt und läßt deshalb nach Art. 55 EGBGB die Landesgesetze auf dem Gebiete des Privatrechts grundsätzlich außer Kraft treten. Nun gibt es aber eine Reihe von Rechtsgebieten, die nicht der verschiedenen juristischen Auffassung wegen, sondern infolge der abweichenden wirtschaftlichen Verhältnisse in den einzelnen Ländern verschieden geregelt waren. In der richtigen Erkenntnis, daß eine vollständige Durchführung des Kodifikationsprinzipes zwar in formaler Hinsicht eine Einheit schaffen, nie aber die verschiedene wirtschaftliche Basis beseitigen könne und daher notwendigerweise zum Volksempfinden in Widerspruch treten müsse, sowie aus Gründen anderer Art hat man diese Gebiete von der Regelung ausgenommen. Daher zählt das EG in den Artikeln 56—152 eine Reihe von sogen. „vorbehaltenen" Materien auf, hinsichtlich derer die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften Geltung behalten sollen und gemäß Art. 3 EG sogar neue Landesgesetze erlassen werden

dürfen.[1]) So hat man, wie sich aus Art. 59 ergibt, auch von einer reichsrechtlichen Regelung der Familienfideikommisse abgesehen und gerade bei diesem Institut auf die verschiedenen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, die in Deutschland bestehen, hingewiesen;[2]) es bleiben also hier die landesgesetzlichen Vorschriften in Geltung.

Wenn nun aber im folgenden untersucht werden soll, ob aus dem Vermögen eines Minderjährigen ein Familienfideikommiß errichtet werden kann, so bestimmt sich diese Frage nicht lediglich nach Fideikommißrecht, vielmehr kommen hier in erster Linie die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und deren gesetzliche Vertretung zur Anwendung, und diese finden sich im Reichsrecht. Es wäre nun zwar an sich möglich, daß die hier aufgeworfene Frage von den Partikularrechten bei der Regelung des Fideikommißrechts behandelt und somit aus dem allgemeinen Privatrecht ausgeschieden wäre. Das ist aber nicht der Fall. Kein Einzelstaat, der überhaupt gesetzliche Vorschriften über Fideikommisse gibt, regelt diese Frage, und deshalb richtet sich die Entscheidung nicht nach dem Sonderrecht der Fideikommisse, sondern nach Reichsrecht. Gerade aus diesem Grunde wird es auch möglich sein, eine einheitliche Entscheidung für ganz Deutschland zu geben.

Freilich muß diese Lehre mit den Fideikomißvorschriften der einzelnen Staaten in Verbindung gebracht werden, und insofern wird es nötig sein, sich über die Partikularrechte zu orientieren. Naturgemäß steht hierbei Preußen im Vorder-

---

[1]) Vgl. Mot. zum Entw. eines EGBGB 1. Les. S. 148; Staudinger Bem. 9 zu Art. 55 EG.

[2]) Vgl. Mot. des Entw. 1. Les. S. 157: „ . . . . Das Institut der Familienfideikommisse steht zudem in den Staaten, in welchem dasselbe Geltung hat, mit der besonderen Gestaltung sozialer, wirtschaftlicher und politischer Zustände im engem Zusammenhange . . . . Der einheitlichen Regelung des Instituts andererseits steht in erster Linie entgegen der bereits betonte Zusammenhang des Institutes mit den inneren Verhältnissen der einzelnen Staaten. Die Mannigfaltigkeit der partikulären Ausgestaltung des Familienfideikommißrechts hat ihren Grund in der Verschiedenheit der maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse."

grund. Das preußische ALR hat dem Fideikommiß in Teil II, Titel 4 eine besonders eingehende Regelung zu teil werden lassen; ob freilich die glücklichste, mag dahingestellt bleiben. In dem größten Teile Preußens ist, da die späteren Entwürfe von Fideikommißgesetzen bis jetzt zu keinem Ergebnis geführt haben, auch heute noch bezüglich der Fideikommisse das ALR in Kraft, was in Art. 89 Ziff. 1 des preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB noch ausdrücklich ausgesprochen ist. Dazu treten noch einige Gesetze, die im Laufe des 19. Jahrhunderts erlassen wurden, jedoch für die hier zu behandelnde Frage keine besondere Bedeutung haben. Allerdings gilt das ALR nicht in ganz Preußen; es kommen daneben noch Gebietsteile des gemeinen und des französischen Rechts in Betracht. Eine Zusammenstellung findet sich bei Ramdohr: Das Familienfideikommiß im Gebiete des ALR, S. 177 ff.

Eine umfassende Regelung finden wir — außer in Preußen — nur in Bayern (Edikt vom 18. Mai 1818 und Königliche Verordnung vom 3. März 1857), Sachsen (sächs. BGB und jetzt: Gesetz über Familienanwartschaften vom 7. Juli 1900), in Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz (Ausführungs-Verordnungen zum BGB §§ 124—152 bezw. 122—149) und in Hessen (Ges. vom 30. September 1858, abgeändert durch Art. 277 AG BGB). In Baden erfüllt das sogen. „Stammgut" dieselben Funktionen wie das Familienfideikommiß und hat zunächst in Satz 577ca - 577cv des badischen Landrechts und neuerdings im Art. 37 AG BGB eine umfassende Regelung erfahren.

Neben diesen Partikulargesetzen spielt eine wichtige Rolle das gemeine Recht; ist es doch dieses überhaupt gewesen, das aus einer Mischung germanischer und römischer Elemente das Institut des Fideikommisses geschaffen hat, und so gilt gemeines Recht auf diesem Gebiete auch heute noch in einem großen Teile Deutschlands. Es gibt zwar wohl kaum einen Staat, der nicht in irgend einem Gesetze — sei es in einem besonderen Fideikommißgesetze oder in einer Ausführungsverordnung zum BGB oder zu den Reichsjustizgesetzen — einige Vorschriften über Fideikommisse

gegeben hätte; diese Vorschriften sind indes meist so vereinzelt, daß sie nur subsidiäre Geltung beanspruchen können, während für die Kleinstaaten in erster Linie das gemeine Recht in Betracht kommt.

Im Vordergrund der folgenden Darstellung werden demgemäß das preußische und das gemeine Recht stehen, die auch in einigen prinzipiellen Fragen Gegensätze bilden.

Daneben wird allerdings in einigen Punkten auf den „vorläufigen Entwurf eines Gesetzes über Fideikommisse" von 1903 (Verlag der Post) Bezug genommen werden, der eine einheitliche Regelung für ganz Preußen herbeiführen sollte. Obwohl dieser Entwurf nicht Gesetz geworden und daher auch für die vorliegende Frage nicht maßgebend ist, wird er doch an einzelnen Stellen zur Erläuterung heranzuziehen sein.

Die übrigen Rechte sollen nur vergleichsweise oder aber, sofern sie Abweichungen enthalten, berücksichtigt werden.

Endlich ist bezüglich der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und der Stellung des gesetzlichen Vertreters das BGB maßgebend.

§ 2.

II. Plan der Darstellung.

Jede Errichtung eines Familienfideikommisses stellt sich als Rechtsgeschäft dar, durch das eine Verfügung über ein Vermögen oder doch wenigstens ein Objekt desselben getroffen wird. Voraussetzung für eine solche Errichtung ist demgemäß nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, daß der Stifter handlungsfähig und in der Lage ist, über das Vermögen, das zum Fideikommiß bestimmt werden soll, zu verfügen (vgl. Dernburg: Preuß. Pr.-Recht Bd. I, Seite 954).[1])

[1]) Dieser Satz ist im ALR bei Fideikommissen zwar nicht besonders ausgesprochen, wohl aber bei Familienstiftungen; im übrigen versteht es sich von selbst, und man hat wohl aus diesem Grunde auf eine besondere Hervorhebung verzichtet (vgl. Erbrechtsentwurf S. 1226).

Infolgedessen wird es die Hauptaufgabe der Untersuchung sein, festzustellen, ob und in welcher Weise der Minderjährige eine derartige Verfügung über sein Vermögen treffen darf bezw. ob der gesetzliche Vertreter dazu in der Lage ist. Zu diesem Zwecke müssen wir uns zunächst über das Wesen des Familienfideikomisses, wie es sich in der geschichtlichen Entwickelung herausgebildet hat, und die einzelnen Vorgänge, aus welchen der Errichtungsakt besteht, orientieren. Andererseits müssen wir uns klar machen, in welcher Weise Minderjährige ihre Willenserklärungen abgeben. Hierbei sind drei Wege möglich: der Minderjährige kann allein, er kann mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, endlich kann auch der letztere allein — eventl. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — handeln. Von diesen drei Möglichkeiten kommt die erste jedoch nur bei Errichtung durch Rechtsgeschäft von Todes wegen in Frage während andererseits Fall 2 und 3 im wesentlichen gleich zu behandeln sind; denn das Gesetz gestattet, wie bereits hier bemerkt sein mag, im großen und ganzen, wo es die Abgabe einer Willenserklärung seitens des Minderjährigen mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zuläßt, auch die Handlung durch den Vertreter selbst.

Es ist demgemäß zunächst die Frage zu behandeln, wie sich die Errichtung durch Rechtsgeschäft von Todes wegen gestaltet, und sodann auf die Errichtung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einzugehen. Nach den soeben gemachten Ausführungen ist hierbei das Hauptgewicht auf die rechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters zu legen, dessen Verfügungs- und Vertretungsmacht (beides geht, wie bereits hier bemerkt sein mag, Hand in Hand) prinzipiell unbeschränkt ist. Da das Interesse des Minderjährigen jedoch im Vordergrunde steht, hat das BGB dem Vertreter gewisse Schranken gesetzt, und es wird weiter zu prüfen sein, ob die Errichtung eines Fideikommisses unter diese Schranken fällt.

Finden wir, daß sich eine dieser einschränkenden Vorschriften direkt oder doch wenigstens analog

auf die vorliegende Frage anwenden läßt, so muß die Errichtung durch einen gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung abgelehnt werden. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist sie zu bejahen. Alsdann sind wir aber mit unserer Aufgabe noch nicht fertig. Voraussetzung der vorangegangenen Betrachtungen war, daß die Errichtung durch einen Vertreter oder mit dessen Zustimmung an sich zulässig sei, und zweifelhaft nur, ob der Vater und der Vormund — dies sind die beiden wichtigsten gesetzlichen Vertreter — vielleicht infolge ihrer eigenartigen Stellung nicht dazu imstande seien. Nun kann aber möglicherweise das Rechtsgeschäft solcher Natur sein, daß es der Stifter überhaupt nur persönlich vornehmen darf. Alsdann wäre eine Errichtung durch einen Vertreter gänzlich ausgeschlossen, während immer noch die Frage offen bliebe, ob der Minderjährige der Zustimmung des Vertreters bedarf. Daher wird diese Frage, ob eine Vertretung überhaupt zulässig ist, in einem besonderen Abschnitt zu behandeln sein.[1])

[1]) Es wäre zwar von rein logischen Gesichtspunkten aus vielleicht richtiger, zunächst die Frage zu untersuchen, ob Vertretung überhaupt zulässig ist und erst dann auf die besondere Frage der gesetzlichen Vertretung einzugehen. Da jedoch das BGB die Vertretungsmacht des Vaters und des Vormunds in §§ 1627, 1793 als einen Ausschnitt ihrer Fürsorge für Person und Vermögen des Minderjährigen behandelt, wird in der vorliegenden Untersuchung zunächst diese letztere und dann erst die Frage nach der reinen Stellvertretung (d. h. derjenigen, die mit der Vermögensverwaltung nichts zu tun hat) behandelt.

Hauptteil.

Erster Abschnitt:

Das Familienfideikommiss.

§ 3.

I. Begriff und geschichtliche Entwickelung.[1])

Unter Familienfideikommiß versteht man einen „Vermögensinbegriff, der durch eine private Willenserklärung für unveräußerlich erklärt ist, um in einer Familie zur Erhaltung ihres Ansehens von Geschlecht zu Geschlecht vererbt werden“ (Gierke, a. a. O. S. 104).

Die Tendenz des Instituts besteht darin, ein Gut in einer bestimmten Familie als unveräußerlich und ungeteilt zu erhalten. Gerade die Ungeteiltheit (Geschlossenheit) des Vermögens ist dem Familienfideikommiß sehr wesentlich, wie dies auch Fischer in seiner Definition (Pr. Pr. R. S. 226) hervorhebt.

Der Gedanke der Unveräußerlichkeit findet sich schon bei den Römern, welche ihn in der Gestalt eines successiven Vermächtnisses zu verwirklichen suchten. Es wird eine Sache zuerst einer Person, dann einer anderen zugedacht

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Dernburg, Pand. III, § 114.

Lewis: Das Recht des Familienfideikommisses S. 3 ff; Brunner: in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. I S. 792 ff; derselbe: Deutsche Rechtsgeschichte S. 227; Gierke: in Conrad-Elsters Handwörterb. der Staatswissenschaften Bd. IV S. 104 ff; Rakenius: S. 19 ff; Costa: Entwickelungsgeschichte der deutschen Familienfideikommisse; Zimmerle: Das deutsche Stammgutssystem.

und dabei bestimmt, daß der Gegenstand aus der Familie nicht herausgebracht werden dürfe. Der zuerst Bedachte darf als Nachfolger ein Familienmitglied nach seinem Belieben wählen. In der Hand des vierten Inhabers wird das Gut freies Eigentum.[1])

Der Gedanke der Unveräußerlichkeit findet sich aber viel stärker ausgeprägt im deutschen Rechte; denn hier war ursprünglich das, was das Familienfideikommiß bezweckt, selbstverständlich: das Grundeigentum,[2]) welches die wertvollste Habe bildete und zugleich die wichtigsten Befugnisse und Verbindlichkeiten des öffentlichen Rechts in sich aufnahm, sollte schon ipso jure im Mannesstamme der Familie bleiben; daher waren Veräußerungen von Liegenschaften nur mit Zustimmung der nächsten Blutsverwandten gestattet; diese hatten ein sogenanntes Beispruchsrecht. Aber die Wirkung dieses Beispruchsrechts machte sich nicht nur bei Veräusserungen unter Lebenden, sondern auch bei Verfügungen auf den Todesfall geltend; das älteste deutsche Recht kannte überhaupt nur ein gesetzliches Erbrecht; überdies war hier der Mannesstamm besonders bevorzugt. Allmählich aber besserte sich das Erbrecht der Weiber, die Bevorzugung des Mannesstammes schwand. Während ihn der Sachsenspiegel zum Teil noch anerkennt (I, 17, § 1), beschränkt ihn der Schwabenspiegel (cap. 148) auf den „ansedel da er uffe saz", also den Stammsitz.

---

[1]) Obwohl die Nov. 159 dies nur für einen Fall bestimmt, in welchem ein Vorgänger in der Unmündigkeit verstirbt, ist die Bestimmung als allgemein gültig anzusehen (vgl. Dernburg § 114 Note 9, Stölzel bei Gruchot, Bd. 19, S. 643; a. A. Windscheid, Bd. III § 637 Note 7).

[2]) Das moderne Familienfideikommiß ist zwar nicht auf Grundstücke beschränkt, sondern kann auch aus Mobilien errichtet werden; insbesondere kennt das ALR (II, 4 §§ 48 u. 59) daneben Kapitalien; anders dagegen § 2 des bayrischen Ediktes. Abgesehen aber davon, daß das neueste Recht die Fideikommisse wieder auf Grundstücke zu beschränken sucht (vgl. z. B. § 1 des vorläufigen Entwurfes für Preußen, Art. 36 § 2 des AGBGB für Baden, Art. 277, Art. 2 des AGBGB für Hessen, § 1 des Ges. vom 27. Juli 1900 für Sachsen) ist und bleibt der Ausgangspunkt doch der Grundbesitz, der ja im alten deutschen Rechte überhaupt eine wesentlich grössere Rolle spielt als der Mobiliarbesitz.

Ferner schwächte sich das Beispruchsrecht der Erben ab, besonders in den Städten, wo das regere Leben der Gewerbe den Mobilarbesitz zu erhöhter Bedeutung brachte und zugleich ein Sinken im Werte des Grundbesitzes, der ja in den Städten von vornherein nicht eine derartige Rolle spielen konnte wie auf dem Lande, bewirkte. Die Folge war, daß sich das Einspruchsrecht der Erben auf das ererbte, das sogenannte Stammgut der Familie, beschränkte, während es bei neu erworbenem Grundbesitze ins Wanken geriet.[1]) Nunmehr ging man daran, durch Verfügung oder Vertrag auch einem neu erworbenen Grundstücke die Stammguteigenschaft zu verleihen. Derartige Anordnungen finden sich bereits seit dem 11. Jahrhundert. An ihrer Rechtsgültigkeit zweifelte man nicht, verstärkt aber wurde der in ihnen liegende Gedanke dadurch, daß das Lehn- und das Hofrecht sowohl im Adel wie im Bauernstande einen großen Teil des Grundbesitzes dem allgemeinen Landrechte entzog und besonderen Grundsätzen unterwarf.[2])

Zwar bestand ursprünglich weder im Land- noch im Hofrecht ein Einspruchsrecht des Erben gegen Veräußerungen von Grundbesitz[3]), vielmehr fand dieses hier erst im 11. Jahrhundert Eingang. Seit dem 10. Jahrhundert waren die Lehen tatsächlich erblich geworden; dazu trat die Berührung des deutschen mit dem langobardischen Lehnrechte, welches unter Konstruierung der successio ex pacto et providentia maiorum ein Recht der Familienglieder auf Übertragung der Lehen herleitete. Diese Umstände erleichterten hier das Eindringen des Einspruchsrechts der Erben aus dem Landrecht.[4])

Auch im Hofrecht fand eine ähnliche Entwickelung statt. Hier beschränkte sich jedoch das Einspruchsrecht von vornherein auf das Erbgut.[5])

[1]) Vgl. Zimmerle S. 183.
[2]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 105.
[3]) Vgl. Zimmerle S. 90.
[4]) Vgl. Zimmerle S. 248.
[5]) Vgl. Zimmerle S. 250.

Jedenfalls bewirkten alle diese Umstände im Lehn- und Hofrecht neben der Gebundenheit durch Herrenrecht auch eine starke familienrechtliche Vinkulierung.

Während so zwar der ererbte Grundbesitz der Familie erhalten blieb, fehlte es doch an einer Einzelerbfolge, welche gerade erst eine Ungeteiltheit des Gutes herbeiführen und damit die wirtschaftliche Bedeutung desselben für die Familie erhöhen konnte. Mehrere Söhne nahmen gleichen Anteil, und das Familiengut war der Zersplitterung preisgegeben. Die Unteilbarkeit der Güter, die im Lehnrechte ursprünglich bestanden, war wieder verloren gegangen, und nur im Hofrechte hatte sie sich erhalten. — Im Landrecht liess sich eine Zersplitterung des Familiengutes, da es hier an einer Individualsukzession fehlte, nur durch die Fortsetzung der Erbengemeinschaft unter Brüdern und Vettern verhindern. Dies war zwar eine weit verbreitete germanische Sitte, allein einmal kam es doch zur Teilung. Nunmehr schlossen die Erben unter einander besondere Verträge; in den hierdurch entstandenen sog. „Ganerbschaften" war in der Regel jede Teilung und Veräußerung verboten Aber auch diese Formen ließen sich nicht überall verwenden, und nur eine Einzelerbfolge konnte einen ungeteilten Familienbesitz herbeiführen.[1])

Zunächst war nur der hohe Adel gegen die Gefahr der Zersplitterung geschützt: er hatte das Recht der Autonomie und konnte durch Hausgesetze die Aufteilung der Liegenschaften verhindern; außerdem stand ihm noch ein anderes Mittel zur Verfügung: die Erbverzichte der Töchter. Unterstützt wurde diese Fortentwicklung durch das Lehnrecht, in welchem der Mannesstamm allein sukzessionsfähig war.

Der niedere Adel dagegen befand sich in einer viel schwierigeren Lage: ihm fehlte die Autonomie, daher konnte er sein Recht nicht fixieren, war vielmehr im Einzelfalle auf die Erbverzichte der Töchter angewiesen. Zwar treten auch hier seit dem 14. Jahrhundert Stammgutsstiftungen

[1]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 105.

mit Individualsukzession auf. Verstärkt wurde diese Bewegung durch das Vorbild der spanischen Majorate, welche infolge der politischen Verbindung Deutschlands mit Spanien durch die Habsburger Eingang gefunden hatten.[1]) Eine wirkliche Bedeutung konnte aber das Recht der Stammgüter nur dort erlangen, wo es durch Territorialgesetzgebung oder Gewohnheit anerkannt war.[2])

Inzwischen war in Deutschland das römische Recht rezipiert worden, das weder eine von der gewöhnlichen abweichende Sukzessionsordnung noch ein Veräußerungsverbot, wie es in den Stammgutsstiftungen liegt, anerkannte. Allein das Adelsrecht, wie es eben geschildert, hatte sich doch schon zu scharf ausgebildet und ließ sich durch die neuen Sätze des r. R. nicht ohne weiteres verdrängen. Der hohe Adel war überdies durch seine Autonomie gegen das römische Recht geschützt. Im niederen Adel hatten sich, wie gezeigt, dieselben auf Erhaltung des Familienglanzes zielenden Bestrebungen Bahn gebrochen, während er andererseits dem römischen Recht unterlag. Er suchte daher nach einer römischrechtlichen Form, in der er jene Stammgutsstiftungen aufrecht erhalten konnte, und als solche bot sich das römische Familienfideikommiß dar, das wenigstens äußerlich die Erhaltung des Familienwohlstandes bezweckte und indirekt auch ein Veräußerungsverbot zu Gunsten der Familienglieder enthielt. Dazu kam, daß auch die spanischen Majorate, die man in Deutschland bereits kannte, sich auf der Grundlage dieses römischen Familienfideikomisses entwickelt hatten; übrigens war auch in diesen der Gedanke der successio ex pacto et providentia maiorum aus dem langobardischen Lehnrechte aufgenommen worden.[4])

---

[1]) Vgl. Pfaff und Hoffmann: Exkurse über österr. bürgerl. Recht, II. Bd., 3. Heft, S. 282 ff; Rakenius: a. a. O. S. 21; Lewis: a. a. O. S. 25. a. M. Wolff, der den Einfluß der spanischen Majorate leugnet (a. a. O. S. 32 Note 1).

[2]) Vgl. Lewis, a. a. O. S. 24.

[3]) Vgl. Lewis, S. 25.

[4]) Vgl. Zimmerle, S. 282.

So brachte die Doktrin die Stammgutsstiftungen des niederen Adels unter den Begriff des römischen Familienfideikomisses, und es entstand das deutsche Institut gleichen Namens, das somit germanische, römische und lehnrechtliche Gedanken in sich trägt.

Epochemachend wurde für das Institut das 1654 erschiene Werk von Knipschildt, in welchem die besprochenen Gedanken verschmolzen sind. In dieser Form verschaffte sich das Institut im gemeinen Recht Eingang. Indes spielte es hier in späterer Zeit eine verhältnismäßig geringe Rolle; denn als die Einzelstaaten daran gingen, Kodifikationen des geltenden Rechts vorzunehmen, regelten sie auch das Familienfideikommiß; so handelt insbesondere im ALR der 4. Titel des II. Teils von ihm. Man hat zwar, wie Svarez in einem besonderen Promemoria ausführte, das Institut, als angeblich der Volkswirtschaft schädlich, überhaupt nicht aufnehmen wollen,[1]) sich aber schließlich dann doch dazu entschlossen, wenn auch unter gewissen Einschränkungen. Dieselbe Tendenz machte sich in Frankreich geltend, ja hier ging man tatsächlich so weit, die Fideikommisse völlig abzuschaffen (vgl. Art. 896 Code civil). Ebenso verbot in Preussen die VU Art. 40 die Neuerrichtung von Fideikommissen und ordnete an, daß die bestehenden aufgehoben werden sollten. Aber bereits 1852 wurde durch das Gesetz vom 5. Juni (G. S. 319) diese Bestimmung wieder außer Kraft gesetzt, und so hat auch das EGBGB in Art. 59 die Familienfideikommisse bestehen und der Landesgesetzgebung völlig freien Spielraum gelassen. Allerdings wurde unter dem 23. Oktober 1878 ein Beschluß gefaßt: „Es sei das Rechtsinstitut des deutschrechtlichen Familienfideikommißes da, wo es nicht besteht, nicht einzuführen";[2]) dieser Beschluß hat jedoch nur die Bedeutung, daß man vom Standpunkte des Reichsrechtes aus eine solche Einführung unterlassen wolle; auf die Landesgetzgebung beziehen sich die Worte überhaupt nicht, und in der Kommission für die erste Lesung wurde dies ausdrücklich hervorgehoben, ja gegenüber einem im

[1]) Vgl. Kamptz Jahrb. Bd. 41, S. 168 ff.
[2]) Vgl. Erbrechtsentw. S. 1223.

entgegengesetzten Sinne lautenden Antrage noch besonders darauf hingewiesen, daß der Neueinführung der Familienfideikommisse in solchen Gebieten, in denen sie bisher unbekannt gewesen wären, nichts im Wege stehe.[1]) Man nimmt heute demnach nicht mehr den abweisenden Standpunkt ein, auf dem die Redaktoren des ALR gestanden haben, und in der Tat dürften sich die dort angegebenen Gründe als starke Übertreibung darstellen. Es sind zwar von jeher allerei Bedenken gegen Familienfideikommisse erhoben worden, und auch von den Verteidigern des Instituts wird nicht geleugnet, daß manche derselben Berechtigung haben; aber auf der anderen Seite lassen sich auch sehr viele Gründe für ihre Beibehaltung anführen, und diese dürfen nicht ohne weiteres übersehen werden.[2]) Besonders aber haben die Motive zum vorläufigen Entwurf (S. 12) darauf hingewiesen, daß die Fideikommisse, wo sie als eine „angeblich ungerechtfertigte Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichheit" aufgehoben worden sind, doch kurze Zeit darauf wieder eingeführt wurden.[3]) Auch daß, wie die Motive (S. 18) statistisch nachweisen, die Gründung von Familienfideikommissen sich in den letzten Jahrzehnten sehr gesteigert hat, darf nicht außer acht gelassen werden. Alles dies spricht dafür, daß man die Gründung von Familienfideikommissen nicht allzusehr benachteiligen darf.[4])

---

[1]) Vgl. Prot. d. Komm. f. d. 1. Les. S. 12705.

[2]) Eine Zusammenstellung der Gründe für und gegen die Fideikommisse findet sich bei Hager, a. a. O. §§ 5 und 6 (S. 22 ff).

[3]) Im neuen Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 ist allerdings in Art. 333 Abs. 2 die Errichtung von Familienfideikommissen wieder verboten. In Deutschland dagegen hat das Verbot neuer Familienfideikommisse nur Sachsen-Koburg-Gotha (Art. 5 AGBGB) aufgenommen, während es in Oldenburg, im Gebiete der freien Stadt Frankfurt, Elsaß-Lothringen und der bayrischen Rheinpfalz noch von früher her besteht. Vgl. Oldenburg. Ges. vom 28. Mai 1852, Frankf. Ges. vom 28. März 1848, Art. 896 Code civil. Dazu bayr. AGBGB Art 135 Abs. 2.

[4]) Dies ist Walter gegenüber festzuhalten. Walter hat den Widerwillen, mit dem man im ALR die Fideikommisse einführte, und ihre angebliche Schädlichkeit auch als Grund dafür angegeben, dass ihre Er-

§ 4.

II. Der Errichtungsakt.

Erforderlich zur Gründung des Familienfideikommisses ist nach der oben (§ 3) angeführten Begriffsbestimmung eine Privatwillenserklärung des Stifters. Der Wille ist nach Lewis „die Basis des Familienfideikommisses".[1]) Nun bestimmt § 28 II, 4 ALR, daß Familienstiftungen durch Verträge, einseitige Verfügungen unter Lebenden und letztwillige Verordnungen entstehen, und § 62 verweist hinsichtlich der Fideikommisse auf die Entstehung von Familienstiftungen. Für letztere ist allerdings § 28 aufgehoben da sich die Gründung derselben heute nach den Vorschriften des BGB über Stiftungen (§§ 80 ff BGB, dazu Art. 1, 2, AGBGB) vollzieht; da er jedoch auch für Fideikommisse gilt, ist er, durch Art. 59 EGBGB gedeckt, insoweit aufrecht erhalten.[2]) Man hat zwar überhaupt bestritten, daß der § 28 Anwendung finden könne, da § 62 nur auf §§ 29 ff verweise. Das ist richtig und wohl auch mit guter Absicht geschehen;[3]) denn in § 62 ist nur von Errichtung und Verlautbarung der Urkunden die Rede, und dafür passen tatsächlich nur §§ 29 ff. Man kann aber sehr wohl aus § 62 den allgemeinen Satz herleiten, daß die Fideikommisse in gleicher Weise entstehen sollen wie die Stiftungen, und dann muß § 28 Anwendung finden, zumal da es

---

richtung möglichst einzuschränken sei und daher auch nicht durch einen Vertreter erfolgen dürfe (a. a. O. S. 56 ff). Ob diese letzte Folgerung zwingend ist, soll erst später (§ 20) dargetan werden. Hier sollte — im Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwickelung des Instituts — einstweilen nur festgestellt werden, daß die Anschauung der Redaktoren des ALR für uns jedenfalls nicht mehr massgebend sein kann, und darum ist an dieser Stelle wenigstens mit einigen Worten auf die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Fideikommisse eingegangen worden.

[1]) Vgl. Lewis a. a. O. S. 36. — So auch bereits Knipschildt, a. a. O. cap. III, n. 1: causa efficiens fideicommissorum nobilium familiarum conservandarum causa constitutorum est ipsa fideicommittentis seu instituentis voluntas.

[2]) Vgl. Müller-Crusen, Pr. AGBGB, Anm. zu Art. 89 (S. 758), Ramdohr; a. a. O. S. 277.

[3]) Guttmann will hierin überhaupt nur einen redaktionellen Irrtum sehen (a. a. O. S. 13, 14).

anderenfalls, wie das Ober-Tribunal hervorgehoben hat, in Teil II Titel 4, auf den doch § 54 I, 12 bezüglich der Errichtung verweist, gänzlich an einer solchen Bestimmung fehlen würde.[1])

Als Hauptgruppen können wir jedenfalls sowohl im preußischen wie im gemeinen Recht bei der Errichtung von Familienfideikommissen — wie auch sonst — unterscheiden: Geschäfte unter Lebenden und von Todes wegen.[2])

In welcher Weise erfolgt nun überhaupt eine solche Errichtung?

Hier treten die einzelnen Partikularrechte mit besonderen Bestimmungen auf.

Für Preußen ordnet, wie bereits bemerkt § 62 II, 4 ALR an, daß auf die Errichtung die Vorschriften über die Begründung von Familienstiftungen Anwendung finden sollen.

In den §§ 29 ff ist nun bestimmt, daß die betreffenden Stiftungsurkunden der Verlautbarung vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Stifters und der Bestätigung durch die Fideikommißbehörde bedürfen. Als solche fungiert jetzt an Stelle des früheren Appellations- das Oberlandesgericht des Bezirks, in dem der Stifter seinen Wohnsitz hat.[3]) Anstatt der Bestätigung wird bei Fideikommissen mit einem

---

[1]) Vgl. Striethorst, Arch. Bd. 10. S. 62, 63. Rehbein, Entsch. d. Ob. Tr. Bd. IV, S. 671.

[2]) Dieser Grundsatz ist selbstverständlich und auch nie bestritten worden. Knipschildt empfahl die Errichtung durch Testament wegen der benignior interpretatio (l. c. VI u. 2—13, vgl. auch die bei Lewis S. 111 Note 99 angeführten Juristen), überdies ist er in manchen Partikularrechten noch besonders ausgesprochen, vgl. z. B. für Preußen neben den angeführten §§ des ALR das Stempelsteuergssetz vom 31. Juli 1895 (G. S. 413) sowie §§ 9 und 17 des vorläuf. Entw.; für Bayern: §§ 18 und 24 z. 4 des Ediktes; für Sachsen § 8 des Fam.-Anw.-Ges.; für Schwarzburg-Sondershausen, Art. 45 § 1 Ag. BGB.

[3]) Vgl. Ges. vom 5. März 1855 §§ 1, 3 (G. S. 175) AGGVG vom 24. April 1878 § 49 Nr. 1. Vgl. auch Förster-Eccius Bd. IV. § 242, Note 25 und Dernburg, Pr. Pr. Bd. I, S. 955 gegenüber den früheren Auflagen, sowie: Bürgerl. Recht, Bd. III, S. 394.

Reinertrag von mehr als 30000 Mark königl. Genehmigung erfordert (§ 56 II, 4 ALR).[1])

In den übrigen Gebietsteilen des Reiches ist hauptsächlich zu unterscheiden zwischen Rechten, welche eine landesherrliche Genehmigung verlangen und solchen, die von ihr absehen. Letzteres ist eigentlich außer in Bayern, das statt dessen gerichtliche Bestätigung und Eintragung in die Fideikommiß-Matrikel verlangt (§ 22 des Ediktes) nur dort der Fall, wo auch heute noch das gemeine Recht ohne jede Änderung gilt.[2]) Denn nach gemeinem Recht ist in der Tat überhaupt keine Form erforderlich, nicht einmal Schriftlichkeit, wenngleich natürlich jeder Stifter eine schriftliche Urkunde aufsetzen wird (Lewis S. 125). — Die übrigen Staaten dagegen stellen durchweg als Erfordernis die landesherrliche Genehmigung auf.[3])

[1]) Aufgehoben ist übrigens für Schlesien die pragmatische Sanktion von 1706, nach der stets landesherrlicher Konsens nötig war; durch das Gesetz von 1840 sind an ihre Stelle die entsprechenden Vorschriften des ALR getreten.

[2]) So in einzelnen preussischen Landesteilen, ferner in Württemberg, Sachsen-Weimar, Lippe-Detmold, Schaumburg-Lippe, den Fürstentümern Reuss, Waldeck und den Hansastädten.

[3]) So Preußen in den Gebietsteilen der Provinz Hessen-Nassau, die früher zum Großherzogtum Hessen gehörten (vgl. hess. Ges. vom 13. September 1858, Art. 6), sowie im Gebiete des ehemaligen Königreichs Hannover mit Ausnahme der landrechtlichen Gebiete (vgl. hannöv. Ges. vom 13. April 1836, § 36) und in der Rheinprovinz (Allerhöchste Kabinettsorder vom 25. Februar 1825); ferner Sachsen (Familienanwartschafts-Ges. vom 7. Juli 1900 § 10), Baden (LR S. 577 cc, jetzt Art. 36 § 3 AGBGB), Großherzogtum Hessen (Art. 4 des Gesetzes von 1858 in der durch Art. 277 AGBGB abgeänderten Form), Oldenburg (Verordn. vom 10. März 1814, § 5), Mecklenburg-Schwerin (§ 124 AVBGB), Mecklenburg-Strelitz (§ 122 AVBGB), Braunschweig (Ges. vom 20. Mai 1858 § 1), Anhalt (Ges. vom 17. April 1870 zit. bei Neubauer S. 9, hier allerdings nur Sollvorschrift) und endlich die thüringischen Staaten, in denen ja im übrigen das gemeine Recht gilt, die aber in ihren Ausführungsgesetzen zum BGB — mit Ausnahme von Sachsen-Weimar und Sachsen-Coburg-Gotha, das die Errichtung neuer Fideikommisse überhaupt untersagt (Art. 5 AG) —, landesherrlichen Konsens verlangen, so Sachsen-Meiningen (Art. 2 AG), Sachsen-Altenburg (§ 5 AG), Schwarzburg-Rudolstadt (Art. 7 AG), Schwarzburg-Sondershausen (Art. 45 § 1 AG).

Für die vorliegende Frage hat allerdings die staatliche Genehmigung — ebenso wie die gerichtliche Bestätigung — keine erhebliche Bedeutung; wesentlich hierfür ist lediglich die rechtliche Natur der Privatwillenserklärung. Denn wenn auch diese für sich allein noch nicht ausreicht, um ein Fideikommiß ins Leben zu rufen, so ist sie doch die eigentliche causa efficiens, wie sie bereits Knipschildt nannte, durch sie werden alle Veränderungen, die mit dem Vermögen des Stifters vorgehen, unmittelbar herbeigeführt[1]). Das bedeutet zwar nicht, daß diese Veränderungen schon ohne das Hinzukommen der anderen erforderlichen Akte ins Leben treten, wohl aber, daß die Disposition nicht erst eine Verpflichtung, sondern mit den übrigen Erfordernissen zusammen eine Verfügung darstellt, d. h. ein Rechtsgeschäft, „dessen Rechtswirkung auf eine Sache oder ein Recht unmittelbar gerichtet ist.“[2]) — Wir haben etwas ganz ähnliches bei der gewöhnlichen Stiftung des BGB. Allerdings lässt sich diese in ihren Wirkungen durchaus nicht mit dem Fideikommiß vergleichen, wohl aber in der Aufeinanderfolge der einzelnen Akte, die zusammen erst die Stiftung zur Entstehung bringen. § 80 BGB fordert für diese ein Rechtsgeschäft des Stifters und außerdem Staatsgenehmigung. Trotzdem wird auch hier heute von der herrschenden Meinung angenommen, daß das Stiftungsgeschäft schon als solches besteht und die Stiftung durch die staatliche Genehmigung auch dann zur Entstehung gelangt, wenn der Stifter vor Erteilung derselben, aber nach Vornahme des Stiftungsgeschäftes stirbt oder geschäftsunfähig wird.[3]) (Vgl. auch sächs. Fam.Anw.-Ges. § 11.)

Als Geschäfte von Todeswegen können bei der Errichtung von Fideikommissen in Betracht kommen: Testamente und Erbverträge. Im großen und ganzen ist die Reihenfolge der einzelnen Akte hier ebenso wie beim negotium inter vivos. Natürlich tritt das Fideikommiß hier

[1]) Vgl. Ramdohr, a. a. O. S. 294.

[2]) Vgl. Staudinger, Bd. 1, Vorbem. VIII, A zum 3. Absch.

[3]) Vgl. Enneccerus Bd. I, § 110, Ziff. III, 1 a. Staudinger, Bem. II, 1 zu § 81; Planck Bem. 2 zu § 81.

erst mit dem Tode des Erblassers ins Leben. Dazu kommt als fernere Eigentümlichkeit, daß die gerichtliche Bestätigung oder landesherrliche Genehmigung, wo diese partikularrechtlich verlangt werden, erst nach dem Tode des Erblassers und Stifters — also von einer anderen Person — nachgesucht werden können. Zweckmäßig wird zu diesem Zwecke der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennen. Wo landesherrliche Genehmigung erforderlich ist, wird evtl. § 83 BGB analog anzuwenden sein.

Jedenfalls bleibt sowohl bei der Errichtung unter Lebenden wie von Todes wegen die Abgabe der Willenserklärung durch den Stifter das wesentlichste Erfordernis, und wir haben daher bei der Untersuchung der aufgeworfenen Frage vor allem unsere Aufmerksamkeit darauf zu richten, als was sich diese — rein privatrechtliche — Handlung des Stifters darstellt und ob aus ihrer Natur folgt, daß der gesetzliche Vertreter sie nicht vornehmen bezw. ihr, sofern sie der Minderjährige selbst ausführt, nicht zustimmen darf.

Zweiter Abschnitt.

Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und ihre gesetzliche Vertretung.

§ 5.

I. Allgemeines.

Das BGB unterscheidet unter den Minderjährigen (d. h. den Personen, die das 21. Lebensjahr nicht vollendet haben, vgl. § 2 BGB) zwei Stufen: diejenigen bis zu 7 und diejenigen über 7 Jahren. Der ersten Gruppe spricht es die Geschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, selbst wirksame Rechtsgeschäfte vorzunehmen, völlig ab: ein Minderjähriger unter 7 Jahren ist geschäftsunfähig (§ 104[1] BGB), ein Minderjähriger dagegen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§ 106 BGB).

Nun verlangt aber der Verkehr, daß auch Personen, die nicht im Besitze der vollen Geschäftsfähigkeit sind,

rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen und daß die mangelnde Geschäftsfähigkeit dieser Personen in irgend einer Weise ergänzt werde.

Das BGB fordert zu diesem Zwecke für jene Personen „gesetzliche Vertreter", deren Stellung je nach dem Grade der Geschäftsfähigkeit des Vertretenen verschieden ist. Für die Geschäftsunfähigen gibt der Vertreter selbst die Erklärung ab, da deren Willensäußerung rechtlich irrelevant ist (§ 105 BGB). Bei den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gestattet das Gesetz einerseits dieselbe Handlungsweise des gesetzlichen Vertreters; statt dessen kann sich dieser aber darauf beschränken, seine Einwilligung zu der Willenserklärung zu erteilen, die der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte selbst abgibt, und ihr dadurch Gültigkeit verleihen.

Jedenfalls muß sich der Minderjährige, wenn er wirksame Rechtsakte vornehmen will, in der Regel seines gesetzlichen Vertreters bedienen. — In der Regel, nicht immer. Bei gewissen Rechtsakten hat das Gesetz die Stellvertretung ausgeschlossen; es sind diejenigen, durch die weniger „das Vermögen als vor allem die Persönlichkeit, der Status der Minderjährigen getroffen wird" (vgl. Breit, im Zentralbl. Bd. IV, S. 395), so z. B. die Eingehung der Ehe (§§ 1317, 1325 BGB), die Errichtung und der Widerruf des letzten Willens (§§ 2229, 2253, 2254 BGB) usw. In diesen Fällen hört die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters auf, der Minderjährige muß selbst handeln, entweder völlig selbständig oder mit Zustimmung des Vertreters.

Die Folge ist, daß diese Akte der Minderjährige unter 7 Jahren überhaupt nicht vornehmen kann; für den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten darf der Vertreter ebenfalls nicht handeln, wohl aber kann er unter Umständen der Handlung seines Schutzbefohlenen durch seine Zustimmung Gültigkeit verleihen. In diesen Fällen deckt sich ausnahmsweise der Umfang, in welchem die Vornahme des Aktes durch den Vertreter und die Genehmigung desselben gestattet ist, nicht.

Das BGB kennt nun verschiedene Arten von gesetzlichen Vertretern: den Vater bezw. die Mutter, den Vormund, den Pfleger und in gewissem Sinne auch den Beistand. Letzterer spielt jedoch eine ziemlich untergeordnete Rolle schon deshalb, weil er immer neben der Mutter fungiert, er braucht daher hier nicht besonders behandelt zu werden. Ebenso kann der Pfleger übergangen werden, da für ihn die Vormundschaftsvorschriften in entsprechender Weise gelten (§ 1915 BGB). Es ist somit nur die Stellung des Vaters und des Vormunds von Interesse. Von vornherein mag hier bemerkt werden, daß auch diese beiden Personen im großen und ganzen die gleichen Befugnisse haben und nur in einzelnen Punkten verschieden behandelt werden. Dies ergibt sich schon daraus, daß das BGB — im Gegensatze zum rR, das in der patria potestas ein Herrschaftsrecht des Vaters über seine Gewaltunterworfenen sah, — die elterliche Gewalt als „ein dem Interesse des Kindes dienendes Schutzinstitut",[1]) also in gleicher Weise wie die Vormundschaft behandelt, und ferner aus der technischen — übrigens durchaus nicht einwandsfreien — Eigentümlichkeit, daß es die der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Geschäfte nicht in Eltern-, sondern im Vormundschaftsrecht aufzählt und im ersteren auf jenes verweist.

II. Die rechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters.

§ 6.

1. Seine Verfügungs- und Vertretungsmacht.

Der Vater hat, wie § 1627 sagt, „das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen", und „die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung" (§ 1630). Diese beiden Sätze sind die Fundamente des gesamten Rechts der elterlichen Gewalt, und in entsprechender Weise steht auch dem Vormunde das Recht und die Pflicht zu, „für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, ins-

[1]) Staudinger, Bd. IV, Vorbem. 2 zu § 1626.

besondere den Mündel zu vertreten“ (§ 179).[1]) Hierbei ist zweierlei festzustellen, einmal: in welchem Verhältnis stehen Fürsorgepflicht und Vertretung zu einander und zweitens: worauf erstreckt sich die Fürsorgepflicht?

1. Aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich bereits, daß die Vertretung nur einen Ausschnitt der Fürsorge darstellt, und wenn dies schon aus § 1793 mit ziemlicher Deutlichkeit hervorgeht, so beseitigt § 1630 jeden Zweifel.[2])

Übrigens hatte man in der Kommission für die zweite Lesung den Antrag gestellt, dem (damaligen) § 1673 dieselbe Fassung zu geben.[3]) Jedenfalls steht die Vertretung nicht als selbstständige Befugnis neben der Fürsorge, sondern reicht höchstens so weit wie diese, während in der preußischen VO im § 27 die Vertretung neben die Sorge für die Person und die Vermögensangelegenheiten gestellt war. Die Fürsorge für die Person interessiert im vorliegenden Falle nicht, wir haben es hier nur mit der für das Vermögen zu tun, die das BGB im § 1638 mit dem technischen Ausdruck „Vermögensverwaltung“ bezeichnet. Der Vater und ebenso der Vormund hat also das ihm nicht gehörende Vermögen des Mündels zu verwalten und ihn hierbei, d. h. bei Abschluß der Rechtsgeschäfte, welche die Vermögensverwaltung erforderlich macht, zu vertreten. Da Vater und Vormund gesetzliche „Vertreter“ des Mündels sind, so kommen für sie grundsätzlich die Regeln von der Vertretung zur Anwendung; die gesetzliche Vertretung geht aber, wie Breit (a. a. O. S. 889) ausführt, über diese allgemeinen Bestimmungen hinaus. „Unter den Begriff der gesetzlichen Vertretung fällt jede Mitwirkung zu einem für die Person oder das Vermögen des Mündels rechtlich bedeutsamen Akte, mag sich diese Mitwirkung als eigentliche Vertretung nach §§ 164 ff. oder als ein bloßes Zustimmen

[1]) Beide Sätze sind nach den oben gemachten Ausführungen dahin zu ergänzen, daß die Sorge für Person und Vermögen auch die Befugnis umfaßt, der Willenserklärung des Minderjährigen — sofern dieser älter als 7 Jahr ist — durch Genehmigung Gültigkeit zu verleihen.

[2]) Vgl. Breit, in Seuff. Bl. 1908, S. 886/87.

[3]) Vgl. Prot. d. Komm. f. d. 2. Les. Bd. VI, S. 306.

zu einer Handlung des Mündels oder schließlich als irgend welche andere fürsorgliche Tätigkeit darstellen, die den Rechtszustand des Mündels bestimmt oder betrifft.“ Mag man nun vielleicht in dem bloßen Zustimmen nicht direkt eine Vertretung erblicken, jedenfalls ist in diesen Worten ausgesprochen, was bereits oben hervorgehoben wurde: daß mit Ausnahme der höchstpersönlichen Akte der gesetzliche Vertreter, soweit er eine Willenserklärung durch seine Zustimmung giltig machen kann, diese Willenserklärung auch selbständig für den Mündel abgeben kann[1]) und daß die Zustimmung jedenfalls auch unter die Sorge für Person und Vermögen des Minderjährigen fällt Jedenfalls hat der Vertreter, soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, welche die Verwaltung erforderlich macht, prinzipiell die Wahl, für den Minderjährigen selbst zu handeln oder seine Zustimmung zu dessen Handlung zu erteilen.

2. Welches ist nun der Inhalt der Vermögensverwaltung des Vaters und Vormundes? Das ALR hatte letzteren in § 233 II, 18 mit den Worten umschrieben: „Die Sorge für das Vermögen erstreckt sich auf die Sicherstellung und Erhaltung, auf die ordentliche wirtschaftliche Administration und auf die Verbesserung desselben“. Im heutigen Rechte finden wir — ebenso wie in der VO (vgl. den allgemein gehaltenen § 27) — eine solche Begriffsbestimmung nicht, und die Redaktoren des BGB haben darauf hingewiesen, daß das Gesetz darauf verzichten müsse, „die außerhalb der gewöhnlichen Verwaltung liegenden, über den bezeichneten Zweck der Sorge für das Vermögen des Mündels hinausgehenden Geschäfte durch eine allgemeine prinzipielle Bestimmung treffen und dadurch die Vertretungsmacht des Vormunds inhaltlich beschränken und begrenzen zu wollen, da eine genügend bestimmte, praktisch brauchbare, allen Interessen gleichmäßig Rechnung tragende allgemeine Vorschrift der Art sich nicht geben läßt.“[2]) Nun stellen allerdings Staudinger, Planck, Fuchs, v. Blume u. a. „die Erhaltung,

[1]) Vgl. Mot. IV, S. 1086, Staudinger: § 1630, Anm. VI, § 1793, Anm. 4 e.

[2]) Vgl. Mot. Bd. IV, S. 1085.

Verwertung und Vermehrung des Vermögens“ als Inhalt der Verwaltung auf;[1]) dies dürfte aber m. E. doch nur eine Richtschnur für den Vertreter selbst sein, ohne für ihn absolute Verbindlichkeit zu besitzen.[2]) Vielmehr wird man den Vertreter gänzlich frei stellen und ihn nur an bestimmte, typische Schranken binden dürfen.[3]) Daß innerhalb dieser Schranken Vater und Vormund vollständig frei über das Vermögen des Minderjährigen verfügen können, ist nach dem Gesagten selbstverständlich.

§ 7.

2. Die Schranken seiner Befugnisse.

Um nun den Vertreter nicht gänzlich frei zu stellen, hat das BGB, hierin ebenfalls der preußischen VO. folgend, dem Vormunde — und ebenso dem Vater, auf den, wie bereits oben bemerkt wurde, in dieser Hinsicht das Vormundschaftsrecht — wenn auch nicht in allem, so doch im wesentlichen — entsprechend anzuwenden ist, gewisse Schranken auferlegt, und zwar nach zwei Richtungen hin: einmal hat es ihm gewisse Befugnisse, die mit der Fürsorgepflicht an sich nicht in Widerspruch stehen würden, überhaupt genommen, andererseits gewisse Handlungen zwar grundsätzlich für zulässig erklärt, sie aber an die Genehmigung entweder des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds gebunden. Es sind dies die Rechts-

[1]) Vgl. Staudinger: Bem. 3 zu § 1793, Vorbem. 3 zu § 1638. Planck, Bem. 1 b zu § 1793. Fuchs, Bem. 3 b zu § 1793. v. Blume, Bem. 2 b zu § 1793.

[2]) A. M. Guttmann, a. a. O. S. 22.

[3]) Diesen Grundsatz sprechen die Motive sowohl beim Vater als auch beim Vormund mit klaren Worten aus. Vgl. a. a. O. S. 740: „Nach dem Entwurf ist, wie die gesetzliche Vertretungsmacht des Vormundes, so auch die des Gewalthabers nach aussen hin prinzipiell eine unbeschränkte .... und nur insoweit ausgeschlossen oder beschränkt, als dies im Gesetze besonders bestimmt ist.“ Ferner a. a. O. S. 1086. „Es bleibt daher nur übrig, auch auf dem Gebiete der Sorge für das Vermögen von der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht auszugehen, und die letztere durch Aufstellung einzelner bestimmter und greifbarer Kategorien zu beschränken.

geschäfte, die „über die Grenzen einer gewöhnlichen Verwaltung hinausgehen“ (Mot. IV S. 1136) und die daher leicht eine Gefährdung des Mündelvermögens herbeiführen können (Breit im Zentralblatt, IV. Jahrg. S. 397). Eingehende Regeln über die Führung der Vormundschaft finden sich in den §§ 1800 ff. BGB. Näher braucht an dieser Stelle auf jene gesetzlichen Bestimmungen nicht eingegangen zu werden: es genügt, diejenigen zu erwähnen, welche überhaupt für die vorliegende Frage Bedeutung haben können: es sind die §§ 1804, 1822 Nr. 1, 1821 Nr. 1, 1812 und die entsprechenden im Elternrecht §§ 1641 und 1643. In diesen handelt es sich um Schenkungen aus dem Mündelvermögen, um Verfügungen über Grundstücke, um Rechtsgeschäfte, durch die der Minderjährige zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichtet wird, und um Verfügungen über Wertpapiere.

Außerdem schließt das Gesetz, wie ebenfalls bereits bemerkt, in einzelnen Fällen die Vertretung überhaupt aus; von besonderem Interesse sind hierbei die Rechtsgeschäfte auf den Todesfall.

Es wird nun im folgenden zunächst die Errichtung eines Fideikommisses durch Verfügung von Todeswegen und sodann durch negotium inter vivos behandelt werden; hierbei wird zu prüfen sein, ob der Errichtungsakt, dessen rechtliche Natur im allgemeinen bereits behandelt ist (vgl. oben § 4), unter die erwähnten Beschränkungen, denen der gesetzliche Vertreter unterliegt, einzuordnen ist.

Dritter Abschnitt.

Die Errichtung von Familienfideikommissen aus dem Vermögen Minderjähriger.

§ 8

I. Die Errichtung durch Verfügung von Todes wegen.

Wird ein Fideikommiß durch negotium mortis causa errichtet, so kommen dafür nach heutigem Rechte entweder Testamente oder Erbverträge in Frage. Das Testament kann dazu in allen vorkommenden Gestalten verwendet

werden: als Privat-, als öffentliches, als gemeinschaftliches Testament usw.[1]) Daß ferner auch ein Erbvertrag eine Fideikommißstiftung enthalten kann, unterliegt ebenfalls keinem Zweifel. Die Vorschrift des § 2278 Abs. 2 BGB steht dem nicht im Wege. Die herrschende Meinung sucht dies bei der Stiftung dadurch zu begründen, daß sie das Stiftungsgeschäft und die Zuwendung, welche sich dann als Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung darstellen würde, als einheitlichen Akt auffaßt;[2]) allein die Erbeseinsetzung ist, wie v. Tuhr mit Recht hervorhebt (a. a. O. S. 598, Note 24) ohne die vorangehende Errichtung der Stiftung nicht möglich ist. — M. E. kommt aber § 2278 Abs. 2 überhaupt nicht in Betracht. Sowohl das Fideikommiß wie die Stiftung werden, wie dies später noch ausführlicher zu zeigen sein wird (§ 12), durch rein einseitige Akte begründet, selbst wenn diese sich äußerlich in die Form eines Vertrages kleiden.

Dieser Satz, den für das negotium inter vivos besonders Ramdohr vertritt, muß auch dann gelten, wenn die Errichtung durch Verfügung auf den Todesfall geschieht. Ein Fideikommiß wird also nie durch Erbvertrag, sondern höchstens in einem solchen — und zwar einseitig — errichtet, einseitige Verfügungen aber können in einem Erbvertrage im selben Umfange wie im Testament getroffen werden (§ 2299 BGB).[3])

Die Frage nun, in welcher Weise ein Fideikommiß aus dem Vermögen eines Minderjährigen durch Testament oder Erbvertrag errichtet wird, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln, die das BGB für letztwillige Verfügungen aufgestellt hat (denn diese kommen zur Anwendung, da es sich hier nicht um Vorschriften handelt, die sich in dem Sonderrecht der Fideikommisse finden).

---

[1]) Vgl. Ramdohr a. a. O. S. 281. — Eine Ausnahme macht § 8 sächs. Fam.-Anw.-Ges, der mündliche Erklärung vor Gericht oder Notar fordert, also sowohl das holographische wie dasjenige öffentliche Testament ausschliesst, das durch Übergabe einer Schrift errichtet wird.

[2]) So z. B. Planck, Bd. I. Bem. 1 zu § 83; zustimmend Ramdohr, a. a. O. S. 281.

[3]) Ebenso für die Stiftung v. Tuhr, a. a. O. S. 598.

Bei letztwilligen Verfügungen hat nun die Rechtsordnung von jeher die Stellvertretung ausgeschlossen, weil der Erblasser in seinem letzten Willen, der über seinen Tod hinausreicht, völlig unbeeinflußt sein soll. Aus diesem Grunde hat auch das BGB in § 2064 den Satz ausgesprochen: „Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten" und diese Bestimmung in § 2274 in entsprechender Weise für den Erbvertrag wiederholt. In der Fassung dieser beiden Vorschriften zeigt sich, welchen Wert das Gesetz auf die persönliche Vornahme der Akte legt; denn während an anderen Stellen, wo davon die Rede ist, daß die Handlung „nicht durch einen Vertreter" vorgenommen werden dürfe, nur die Stellvertretung im Willen ausgeschlossen sein soll, spricht das BGB in diesen beiden Paragraphen davon, daß der Erblasser nur persönlich handeln dürfe, verbietet also auch die Stellvertretung in der Erklärung (vgl. Mot. V, S. 247).

Um nun aber einem Minderjährigen nicht schlechthin die Möglichkeit einer Testamentserrichtung abzuschneiden, setzt das BGB die Grenze der vollen Geschäftsfähigkeit bei Testamenten auf das 16. Lebensjahr herab und gestattet — abweichend von den allgemeinen Bestimmungen — einem Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr überschritten hat, die selbstständige Errichtung eines (öffentlichen) Testaments und beseitigt hierbei ausdrücklich die Abhängigkeit der Erklärung von einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 2229). Vom 16. Jahre ab also steht der Minderjährige in dieser Hinsicht einem Volljährigen gleich. Wenn das Familienfideikommiß in einem Testamente errichtet wird, ist also jede Mitwirkung des Vertreters, sei es in der Gestalt eines Handelns für den Mündel oder in der Zustimmung zum Rechtsgeschäft des Mündels, ausgeschlossen, ebenso eine Errichtung durch den Minderjährigen allein, da dieser, solange er nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat, nicht testieren darf.[1]) Vom 16. Jahre ab kann er es persönlich —

[1]) Das letztere bestreitet Crome, Bd. III, § 448, Note 21 (S. 590), m. E., jedoch ohne ersichtlichen Grund.

allerdings nur durch mündliche Erklärung vor Gericht oder Notar — errichten (vergl. §§ 2229, 2238 Abs. 2 BGB). Etwas anders gestaltet sich die Sache beim Erbvertrag. Einen solchen kann nach § 2275 Abs. 1 grundsätzlich überhaupt nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist. Eine Ausnahme statuiert aber Abs. 2 für Ehegatten, die den Vertrag auch schließen können, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, dann aber der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, und wenn dieser ein Vormund ist, auch derjenigen des Vormundschaftsgerichtes bedürfen. Wird also ein Fideikommiß in einem Erbvertrag errichtet, so kann dies prinzipiell nicht durch den gesetzlichen Vertreter geschehen (§ 2274), kommt aber auch im Regelfalle garnicht in Frage, da der Stifter voll geschäftsfähig sein muß. Geschieht die Stiftung jedoch in einem Erbvertrag unter Ehegatten,[1]) so kann für den Stifter (denn dieser wird ja der Erblasser sein) der Vertreter zwar nicht selbst handeln, wohl aber kann er, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinzutritt, der Willenserklärung des Stifters Giltigkeit verleihen (§ 2275). Alles dies sind indes Sonderheiten, die für die Errichtung eines Fideikommisses gelten, sofern sie durch letztwillige Verfügung erfolgt. Die Vertretung ist hier nicht deshalb unzulässig, weil es sich um die Errichtung eines Familienfideikommisses, sondern weil es sich um

[1]) Als Stifter kann nach gemeinem wie nach preussischem Recht sowohl der Mann wie die Frau auftreten (vgl. Lewis: S. 37; § 47 II, 4 ALR). Bedacht werden können dagegen Frauen im gemeinen Recht nicht, da sie nicht successionsfähig waren; vgl. Knipschildt, cap. IV, n. 25: non vero constitui solent fideicommissa familiarum nobilium conservandarum feminis . . . . et aliis personis, quae eorundem non sunt capaces in iisque succedere nequeunt. — Nach preussischem Recht sind zwar Frauen auch von der Succession ausgeschlossen, und zwar nicht nur, so lange der Mannesstamm blüht, sondern auch nach Erlöschen desselben (vgl. § 189 II, 4 ALR, Lewis S. 345); da aber § 190 a. a. O. dem Stifter immerhin gestattet, Frauen zu berufen, so kann man sie nicht als schlechthin unfähig bezeichnen, und infolgedessen wird man — nach preussischem Recht — einen Erbvertrag zwischen Ehegatten auch in der Weise konstruieren können, dass der Mann als Stifter und die Frau als Erstbedachte auftritt.

letztwillige Verfügungen handelt. Daher darf aus diesen Verhältnissen kein allgemeiner Grundsatz hergeleitet werden.

II. Die Errichtung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.

1. Im Hinblick auf die Verwaltungsbefugnisse des gesetzlichen Vertreters.

§ 9.

a) Die Errichtung als Verwaltungsakt überhaupt.

Bereits oben (§ 6) wurde ausgeführt, daß die Vertretungsmacht des Vaters und Vormundes prinzipiell unbeschränkt und ein Ausfluß seiner Sorge für Person und Vermögen des Schutzbefohlenen ist. Schon daraus läßt sich umgekehrt der Schluß ziehen, daß, sofern nicht eben gesetzliche Schranken entgegenstehen, der Vormund auch in seinen Verwaltungshandlungen grundsätzlich frei gestellt ist. Ob aber die Errichtung eines Fideikommisses überhaupt einen Verwaltungsakt darstellt, das gerade ist die Frage. Sowohl Walter wie Guttmann verneinen sie. Wir müssen, um zu einem Resultat zu gelangen, uns nochmals mit dem Begriffe der elterlichen und vormundschaftlichen Verwaltung, deren Grundzüge ebenfalls schon in § 6 erörtert wurden, beschäftigen. Walter behauptet in seiner Abhandlung (S. 40 ff), eine Fideikommißstiftung sei nie ein Verwaltungsakt, vielmehr immer eine Disposition über die Vermögenssubstanz, eine solche aber dürfe der Vormund nach § 233 ALR nicht vornehmen. — Ähnliche Erwägungen stellt auch Frese in seinem Werke über die „beauftragte Vermögensverwaltung“ (S. 399 ff) an, indem er auf den Unterschied zwischen Verwaltung einerseits und Verfügung über die Vermögenssubstanz andererseits hinweist, einen Unterschied, der in der geschichtlichen Entwickelung seine Begründung finde Daß sich allerdings die Stellung des Vaters wie des Vormunds von einer gänzlich unbeschränkten Macht über das Vermögen des Mündels zu einer verwaltenden Tätigkeit entwickelt hat, die dem Verwalter nicht nur Rechte gewährt, sondern auch Pflichten auferlegt, kann nicht geleugnet werden, ja im späteren römischen Recht, wurde, nachdem

zunächst die oratio Severi die Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke ohne obrigkeitliches Dekret verboten hatte,[1]) dies auf alle zur Substanz des Vermögens gehörigen Sachen, soweit sie nicht gerade dem Verderben ausgesetzt waren, ausgedehnt.[2]) — Ob nun diese scharfe Scheidung de lege ferenda zu befürworten und demgemäß eine allgemeine Vorschrift zu fordern wäre, welche dem gesetzlichen Vertreter die Verfügung über die Substanz versagt (wie das Frese, S. 399 verlangt), kann dahingestellt bleiben; das BGB hat sich jedenfalls der in den Motiven ausgesprochenen Meinung angeschlossen und dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es die Einschränkungen einzeln aufzählt. Es ist übrigens charakteristisch, daß in den Motiven bei Erörterung des § 1660, der dem heutigen § 1803 BGB entspricht, wo ebenfalls von einer Vermögensverwaltung die Rede ist, ausdrücklich hervorgehoben wurde: „Der Ausdruck Verwaltung im § 1660 Abs. 1 Seite 1 umfaßt auch die Veräußerung".[3]) [4]) Aus der Bezeichnung „Verwaltung" läßt sich somit überhaupt nichts entnehmen, da sie nur ein anderer Ausdruck für Sorge für das Vermögen ist. Wie Guttmann (a. a. O. S. 49) hervorhebt, gibt das BGB nirgends eine Begriffsbestimmung der „Vermögensverwaltung" und auch der Sprachgebrauch macht keine feste Angrenzung des Begriffs möglich. G. weist ferner — im Anschluß an Planck (Bd. IV, Vorbem. 2 zu § 1373, S. 130)— darauf hin, daß der Ausdruck „Vermögensverwaltung" in den meisten Fällen mehr bezeichne als „die Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens ohne Änderung der Substanz". Man wird sogar m. E. ganz ruhig im Falle der gesetzlichen Vertretung dem Verwalter, sofern nicht

[1]) Vgl. l. 8 D. 27, 9. Frese, a. a. O. S. 210—215.

[2]) Vgl. l. 1 § 2 D. 27, 9. l. 22 C. 5, 37. Dernburg Pand. III, § 50.

[3]) Mot. IV S. 1105. Vgl. übrigens auch Windscheid, Bd. III, S. 77 I, 1 b: „Ein allgemeines Veräusserungsverbot besteht nicht." Ebenso Dernburg, Bürg. Recht Bd. IV, § 116, Ziff. VI; Böhm, a. a. O. S. 87.

[4]) Warum „Verwaltung" im § 1803 etwas anderes bedeuten soll als im sonstigen Vormundschaftsrecht — wie das G. (S. 54, 55) behauptet — ist nicht einzusehen.

gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, — wenigstens generell — alle Maßnahmen gestatten dürfen, welche der Eigentümer eines Vermögens über dieses treffen darf (vgl. Planck a. a. O. S. 130). Ob man dieses Recht freilich auch dem Ehemanne als Verwalter des Frauengutes zusprechen darf, läßt sich schon eher bezweifeln. Hierbei ist zu bedenken, daß neben der Verwaltung des Ehemannes die Geschäftsfähigkeit der Frau erhalten bleibt; anders dagegen beim Vater und Vormund, die gerade als gesetzliche Vertreter fungieren. Sie sind daher freier gestellt und müssen freier gestellt sein als der Ehemann im Verhältnis zur Ehefrau. Allerdings ist die Vormundschaft „ein Ausfluß der Schutzbedürftigkeit des Mündels", (vgl. RG Bd. 41 S. 266) und man wird die Handlungen des Vertreters nur insoweit denen des Eigentümers gleichstellen können, als sie von einem Schutzbedürfnisse für den Gewaltunterworfenen getragen sind (vgl. Fohr im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92, S. 420); das will wohl auch das Reichsgericht in der zit. Entscheidung nur ausdrücken, wenn es sagt „Die Verwaltungsbefugnisse des Vormundes stehen denen des Eigentümers nicht gleich". Man wird daher im Einzelfalle prüfen müssen, ob das Geschäft für den Mündel vorteilhaft ist oder nicht, und eine solche Prüfung ist möglich, wenn das Geschäft an die gerichtliche Genehmigung geknüpft ist; gerade für die wichtigsten Geschäfte aber, welche dem Mündel bald Vorteil, bald Nachteil bringen können, hat das Gesetz die Genehmigung vorgeschrieben. Nicht jedoch darf man m. E. so weit gehen wie G. (S. 49), der — außer den ausdrücklich verbotenen — dem Vormund auch noch andere Geschäfte generell verbieten will, weil sie nicht zur „Verwaltung" gehören.

Es kann daher auch der Ansicht Guttmanns nicht beigetreten werden, daß der Verwalter sich ähnlichen Schranken zu unterwerfen habe, wie sie das HGB in § 54 dem Handlungsbevollmächtigten auferlegt. Wie demgegenüber Böhm (S. 110, 111 Anm. 2) mit Recht hervorhebt, steht das Gesetz auf einem anderen Standpunkt. Daß es den Vertreter prinzipiell frei stellen und ihn sogar unter

Umständen die Änderung der Substanz gestatten will, geht m. E. indirekt aus den §§ 1643, 1821, 1822 BGB hervor, wo es die Verfügung über Grundstücke und obligatorische Rechtsgeschäfte sogar über das ganze Vermögen (!) erlaubt. Zwar ist hierzu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig, aber immerhin sind diese Akte doch generell gestattet.

Wohl ist die Stellung des Vaters und Vormundes heute nicht mehr eine Macht-, sondern eine Pflichtstellung. Aber so viel Vertrauen muß man zu dem gesetzlichen Verteter schon haben, daß man ihm derartige — allerdings gefährliche — Akte nicht ganz untersagt. Wie man heute den Vormund nicht mehr als Organ des Staates, dessen Aufsicht er allerdings ständig unterliegt, betrachtet, so darf man auch seine freie Entschließung nicht derartig hemmen; ein Riegel bleibt für solche gefährliche Geschäfte immer noch in dem Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung.

Einen anderen Zweifel beseitigt G. selbst. Nach § 1806 BGB hat der Vormund und nach § 1642 BGB der Vater das zum Vermögen des Mündels gehörende Geld verzinslich anzulegen, und diese Anlegung soll nach § 1807 in besonders sicherer Weise erfolgen. Nun gibt G. selbst zu (S. 49/50), daß das Fideikommiß eine bedeutende Sicherstellung des Mündelvermögens bewirkt und für einen verschwenderischen Mündel infolgedessen sogar ein gewisses Gegengewicht bildet. Aber auch noch ein anderer Gesichtspunkt ist hier maßgebend. Selbstverständlich kann es sich hier nur um Kapitalfideikommisse handeln; diese jedoch werden, wie noch später zu zeigen sein wird, nie aus dem baren Gelde, sondern immer aus Wertpapieren errichtet. Der Vater bezw. der Vormund kann daher ruhig seiner Verpflichtung zur zinsbaren Anlegung des Mündelgeldes nachkommen und Wertpapiere kaufen, aus denen er dann das Fideikommiß errichtet.

Zwei andere Gründe, die Guttmann für seine Ansicht anführt, hängen mit der Beendigung der Vormundschaft bei Volljährigkeit des Mündels zusammen. Einmal vergleicht er die Wirkung einer Fideikommißerrichtung zur Zeit der

Minderjährigkeit mit der Erteilung einer Vollmacht des Vormundes an eine andere Person, die über die Zeit der Volljährigkeit hinaus dauert. Allerdings wird man Guttmann recht geben müssen, wenn er behauptet, daß der Vormund nicht schlechthin sein Amt als solches einem anderen übertragen könne, weil dann der Mündel unter Umständen auch nach seiner Volljährigkeit gebunden wäre.[1]) Aber eine derartige Vollmachtserteilung kann doch unmöglich mit einer Fideikommißerrichtung verglichen werden, was G. übrigens auch selbst (S. 51, 52) zugibt. Auch ihre Wirkungen sind gänzlich verschiedener Natur: wohl ist in beiden Fällen der Mündel in seinen Entschließungen behindert; aber während bei der Vollmachtserteilung diese Behinderung im Vormundschaftsrecht ihren Grund hat, entspringt die Einschränkung durch die Anwärter, den Familienrat usw. dem Fideikommißrecht. Man stelle sich einmal vor, der Mündel könnte — wie das der preuss. Entwurf in § 11 vorsieht — mit Genehmigung, des gesetzlichen Vertreters und des Gerichts selbst den Stiftungsakt vornehmen; dann wäre er nach Fortfall der Vormundschaft an die Zustimmung der genannten Personen ebenso gebunden, als wenn der Vormund den Akt ausgeführt hätte. Daraus geht hervor, dass auch bezüglich der Wirkungen die Beschränkung durch die Familienorgane sich in keiner Weise mit der Beschränkung vergleichen lässt, die eine über den Mündigkeitstermin hinausreichende Vollmacht nach sich ziehen würde.

Auch die Bestimmung des § 1890 bezw. 1681 BGB beweist nichts.[2]) Wohl ist der Vater bezw. der Vormund verpflichtet, dem Mündel bei Eintritt der Volljährigkeit das Vermögen auszuantworten. Unmöglich wird diese Pflicht dem gesetzlichen Vertreter (übrigens meist auch nur hinsichtlich einzelner Gegenstände, da in der Regel nur aus solchen ein Fideikommiß errichtet wird, wenn auch die Zu-

[1]) Vgl. Guttmann a. a. O. S. 19, 20, 51. So übrigens auch die herrschende Meinung. Vgl. z. B. Crome, Bd. IV, § 627, Ziff. 4 nebst Anm. 23; Entsch. des RG Bd. 41, S. 266; Böhm, S. 73.

[2]) Vgl. Walter, S. 39, Guttmann, S. 24, 25.

sammenfassung mehrerer solcher Gegenstände den Namen „Sondervermögen“ trägt, nur dann, wenn er eine andere Person als den Mündel zum ersten Fideikommißbesitzer macht. Andernfalls ist die Herausgabe des Mündelvermögens sehr wohl möglich. Alsdann ist dieses zwar mit fremden Rechten belastet, aber eine solche Belastung ist, wie sich aus §§ 1812, 1821, 1822 BGB ergibt, durchaus zulässig.

Es muß daher immer wieder betont werden, daß aus der allgemeinen Natur der elterlichen Gewalt und Vormundschaft die Unzulässigkeit einer Fideikommißerrichtung durch den Vater oder Vormund bezw. durch den Minderjährigen mit deren Genehmigung keineswegs folgt. Vielmehr ist zu untersuchen, ob sie sich unter eine der gesetzlichen Schranken bringen läßt, denen der Vertreter unterworfen ist.

b) Die Errichtung als Schenkung.

§ 10.

a) Begriff.

Von dem Grundsatze der freien Verfügungsmacht des Vaters und Vormunds macht das Gesetz in den §§ 1641 und 1804 eine Ausnahme, indem es Schenkungen aus dem Kindes- bezw. Mündelvermögen verbietet. Diese Bestimmung steht, soweit es sich um den Vormund handelt, im Einklange mit dem bisherigen preussischen Recht.[1]) Sie unterscheidet sich aber in einer Hinsicht von ihm: der § 38 VO begriff in dem von ihm ausgesprochenen Verbote nicht nur Schenkungen im rein juristischen Sinne, sondern auch sonstige Liberalitäten.[2]) Dies geht aus der Vorgeschichte des Paragraphen klar hervor, die Dernburg a. a. O. unter Ziff. 3 angibt.

Das BGB nimmt in der ganzen Frage grundsätzlich einen anderen Standpunkt ein. Dies ist in den Motiven ausdrücklich ausgesprochen und begründet mit dem Hin-

[1]) Vgl. l. 12 §§ 2, 3, l. 13 § 2, D. 26, 27; preuß. VO § 38.
[2]) Vgl. Dernburg, Vormundschaftsr. § 67 Ziff. 2 (S. 154).

weise darauf, dass ein Bedürfnis für solche Ausdehnung nicht bestehe und überdies der Begriff der Liberalitäten kein juristisch bestimmter sei, so daß eine derartige Ausdehnung nur Unsicherheiten im Verkehr zur Folge haben würde.[1]) Es sind somit in den §§ 1641 und 1804, obgleich sich letzterer im Wortlaut nicht gerade wesentlich von § 38 VO unterscheidet (in beiden ist von „Schenkungen" die Rede), nur Schenkungen im rein juristischen Sinne zu verstehen, also nur solche, auf die §§ 516 ff Anwendung finden.[2]) Es ist daher zu untersuchen, ob die Errichtung eines Familienfideikommisses eine nach diesem Paragraphen zu beurteilende Schenkung darstellt; denn nur dann würde sie unter den § 1804 zu subsumieren sein.

Unter Schenkung versteht man nach § 516 BGB. „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt". Die Grundlage dieser Definition bildet also eine unentgeltliche Zuwendung,[3]) und fernere Voraussetzung ist, daß beide Parteien über die Unentgeltlichkeit einig sind, d. h. die Schenkung ist ein Vertrag Es ist daher zweierlei zu prüfen:

---

[1]) Vgl. Mot. Bd. IV S. 1106.

[2]) Dies ist — wie in den Motiven — auch die in der Literatur ausschließlich herrschende Ansicht. Vgl. z. B. Staudinger: Bem. I zu § 1804; Planck: Bem. 2 zu § 1804; Fuchs Bem. 2 zu § 1804; ders. Vormundschaftsrecht S. 88; Dernburg: Bürg. R. Bd. IV § 115 Ziff. III; Böhm: Vormundschaftsrecht S. 114. Die Ansicht wurde übrigens teilweise auch schon für den § 38 VO vertreten (vgl. Förster-Eccius Bd. IV, § 232 Note 7), ist aber gegenüber der erwähnten Vorgeschichte dieses Paragraphen wohl nicht richtig.

Übrigens wird in dieser Note auch darauf hingewiesen, daß die Vertretungsbefugnis über den Kreis der Verwaltung hinausgehe und daß dies aus dem Wesen der Vormundschaft folge. — Nach BGB. gehen, wie oben (§ 3) auseinandergesetzt wurde, Vermögensverwaltung und Vertretung Hand in Hand; aber gerade aus diesem Grunde muß m. E. der Begriff „Verwaltung" hier in einem weiten Sinne genommen werden.

[3]) Vgl. Staudinger: Bem. 1 zu § 516. Bekker, Syst. d. heut. Pandektenr. Bd. II, S. 145 ff.

1. Stellt die Errichtung eines Familienfideikommisses eine unentgeltliche Zuwendung dar?
2. Erfolgt die Errichtung durch Vertrag?

§ 11.

β) Die Errichtung als unentgeltliche Zuwendung.

Unter „Zuwendungen" versteht man nach Enneccerus „Geschäfte, durch welche jemand das Vermögen einer andern Person bereichert" (vgl. Enneccerus, Bd. I, S. 346); zur Zuwendung gehört also die Überführung von Vermögenswerten aus dem Vermögen einer Person in das einer anderen (vgl. Crome Bd. I, § 74 Ziff. II, 5).

Eine solche Überführung aus dem Vermögen des Stifters in ein anderes liegt zweifellos vor, wenn das Fideikommiß zu Gunsten einer fremden Familie errichtet wird, was unbedingt statthaft ist.[1]) Hier scheiden die Vermögensstücke, welche Objekt des Fideikommisses werden, aus dem Vermögen des Stifters aus und gehen in das des ersten Fideikommißbesitzers über, der natürlich hier der fremden Familie angehört. Dieser Übergang vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne daß es dazu einer besonderen Übereignung bedürfte (Vgl. z. B. für Preußen: § 64 II, 4 ALR, § 3 Ges. vom 5. März 1855, Ges. über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover vom 28. Mai 1873; für Sachsen: §§ 11, 12 des Fam.-Anw.-Ges. sowie § 71 AVGBO; für Sachsen-Altenburg: § 14 AGGBO, für Sachsen-Meiningen: Art. 18 AGGBO, für Lippe-Detmold: § 6 Abs. 2 AGGBO; für Schaumburg-Lippe: Art. 13 AGGBO, für Waldeck: Art. 16 AGGBO usw.[2])

---

[1]) Dies war schon nach gemeinem Recht nicht zweifelhaft (vgl. Lewis S. 43) und ergibt sich auch, wo Landesgesetze überhaupt von der zur Folge berufenen Familie sprechen, aus deren Wortlaut, vgl. z. B. für Preußen: ALR. II, 4 § 47, für Baden: Art. 36 § 1 AGBGB, für Bayern: § 1 des Ediktes. In den zuletzt genannten Ländern kann sogar ein Bürgerlicher das Fideikommiß (bezw. Stammgut, das in Baden dessen Stelle vertritt), überhaupt nur zu Gunsten einer fremden, nämlich adeligen Familie errichten.

[2]) Dies ist zwar bestritten worden; allein in den oben angeführten Gesetzesstellen wird teilweise ausgesprochen, daß die Fideikommißbehörde

Wie aber, wenn der Stifter das Fideikommiß zu Gunsten der eigenen Familie errichtet? Macht er ein Familienglied zum ersten Besitzer, so liegt die Sache genau so wie in dem eben besprochenen Falle. — In der Regel jedoch wird der Stifter selbst erster Fideikommißbesitzer sein, und es erhebt sich nun für diesen Fall die Frage, ob man die Errichtung als Zuwendung auffassen kann. Das Stiftungsgeschäft bewirkt die Entstehung eines Sondervermögens, die sich ipso jure vollzieht,[1]) und als solches Sondervermögen nimmt das Familienfideikommiß, wie die Motive zum Entwurf (S. 35) hervorheben, eine besondere rechtliche Stellung ein; es hat, „da es als Sondervermögen einem durchaus anderen Zwecke zu dienen bestimmt ist, als das sonstige Vermögen des Fideikommißbesitzers", mit diesem Vermögen nichts anderes gemein, „als daß es mit ihm in einer und derselben Person vereinigt ist." Daß indeß ein vollständig neues Rechtsobjekt und Rechtssubjekt entstehe, braucht man darum mit den Motiven noch nicht anzunehmen, und mit Recht verwerfen Ramdohr (S. 304) wie Wolff (S. 38 ff) diese „Zweiseelentheorie". Trotzdem kann

von Amts wegen für die Eintragung zu sorgen habe, teilweise daß diese nur zum Zwecke des öffentlichen Glaubens, teilweise endlich, daß sie erst dann erfolge, wenn der Eigentümer des Grundstückes die Entstehung der Fideikommiß-Eigenschaft (die also schon vorher und unabhängig vom Grundbuche erfolgt sein muß!) nachgewiesen hat. — Für Preußen hat übrigens bereits das Ober-Tribunal die hier vertretene Ansicht — m. E. mit Recht — ausgesprochen und sich dabei auf die Analogie zum Lehn gestützt, bei dem nach § 93 I, 18 die Sache ebenfalls alle Eigenschaften des Lehns gewinnt, ohne daß dem Vasallen der körperliche Besitz eingeräumt worden ist. Vgl. Entsch. d. Ob. Tr. Bd. 83 S. 230, Rehbein Bd. IV S. 673 ff und in sehr eingehender Begründung schon Hinschius in der Preuß. Anwaltszeitg. 1866, Sp. 417 ff. — Für das neue Recht ferner: EG zum S. R. Entw. (Vorlage des Redaktors) S. 212; Ramdohr, S. 302: „Ist dagegen eine andere Persönlichkeit vom ersten Besitzer berufen, so bedingt die Fideikomißerrichtung auf der einen Seite den endgiltigen Verlust der Gegenstände auf der anderen Seite" und S. 306, ferner bezüglich des Entwurfs Börner: im „Recht" 1903, S. 497: „Der Entwurf läßt mit Recht die dem Fideikomiß gewidmeten Vermögensgegenstände unmittelbar auf den ersten Fideikomißbesitzer übergehen".

[1]) Vgl. Ramdohr, S. 295.

man die neue Zusammenfassung der Gegenstände als „Sondervermögen“[1]) bezeichnen, und insofern wird man sagen müssen, daß in der Schaffung desselben eine unentgeltliche Verfügung liegt.[2]) Man wird vielleicht sogar noch einen Schritt weiter gehen und die Errichtung auch als „Zuwendung“ bezeichnen können; bei dieser tritt nämlich ein positiver Rechtserwerb hinzu, was bei der Verfügung, die auch in der bloßen Aufgabe eines Rechts bestehen kann, nicht unbedingt nötig ist.

Denn durch die Errichtung erwerben die Fideikommißfolger Anwartschaftsrechte, und der bisherige unbeschränkte Eigentümer begibt sich zu Gunsten der Anwärter der freien Verfügung.[3]) Die Frage, ob sich eine Fideikommißstiftung als unentgeltliche Zuwendung darstellt, ist akut geworden bei der Auslegung des § 2325 BGB, indem man in der Errichtung von Fideikommissen eine Beeinträchtigung der Pflichtteilsberechtigten erblickte und eine analoge Anwendung der im § 2325 aufgestellten Vorschriften über Schenkungen für geboten erachtete. Eine solche gleiche Behandlung von Schenkungen und Stiftungen war in der Kommission für die 2. Lesung beantragt, indes nicht angenommen worden;[4]) in der Literatur aber entschied man sich — wohl auch mit Recht — für eine gleiche Behandlung.[5]) Man wird daher nicht nur von einer unent-

---

[1]) Gegen diesen Begriff Börner: a. a. O. S. 497, für ihn besonders Rosin in Iherings Jahrb. Bd. 32, S. 353 ff.

[2]) Zweifellos würde also in der Errichtung eines Familienfideikomisses eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 BGB liegen (vgl. Ramdohr, S. 286).

[3]) Vgl. Bd. 54, S. 403.

[4]) Vgl. Prot. Bd. V S. 596.

[5]) Vgl. Planck Note 2a zu § 2325, der die Bestimmung auf Fideikommisse ausdehnt, ebenso RG. Bd. 54 S. 401 ff, Dernburg Bd. V § 118 Ziff. VII, der allerdings wohl zu weit geht, indem er die Fideikommißstiftungen unter allen Umständen den Schenkungen gleich behandeln will; vielmehr wird, wie dies auch das KG. im Urteil vom 19. Dez. 1902 getan hat (vgl. Rspr. d. OLG Bd. VI S. 331 ff.), die Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen sein.

geltlichen Verfügung, sondern sogar von einer unentgeltlichen Zuwendung bei einer Fideikommißstiftung sprechen dürfen.

§ 12.

γ) Die Errichtung als Vertrag.

Das BGB stellt für eine Schenkung, wie bereits oben erwähnt, in § 516 noch ein zweites Erfordernis auf: die Einigung beider Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Diese Vertragsnatur der Schenkung war bereits im gemeinen Rechte die herrschende und findet sich auch in den meisten neueren Gesetzbüchern. Es erheben sich demnach für den vorliegenden Fall zwei Fragen:

1. Kommt überhaupt ein Vertragsgegner in Betracht?
2. Wann gelangt dieser Vertragsgegner zur Entstehung?

1. Solange das Institut des Familienfideikommisses besteht, ist man sich darüber klar, daß das Interesse der Familie eine Beschränkung des augenblicklichen Fideikommißinhabers erfordert; wie diese Beschränkung aber zu konstruieren sei, darüber haben die Ansichten im Laufe der Zeit vielfach gewechselt. Die älteste Doktrin lehrte, daß dem jeweiligen Inhaber überhaupt kein Eigentum, sondern nur ein Niessbrauch zustände, während das Eigentum der jedesmalige Nachfolger haben sollte.[1]) Knipschildt selbst dagegen vertritt im Anschluss an l. 42 D. 22, und l. 65 (63) pr. D. 36, 1 die Ansicht, der Fideikommißbesitzer sei wahrer Eigentümer und das Recht der Anwärter ein eventuelles Successionsrecht".[2]) Andere Theorien haben dann noch Pfeiffer und Vollgraff aufgestellt; ersterer meinte, das Eigentum sei dem Staate anvertraut, letzterer, der Konstituent müsse als Eigentümer fortbestehend fingiert werden.

---

[1]) Vgl. die Schriftsteller, die Knipschildt zitiert, sowie ihre Gründe, a. a. O. cap. X n. 6 ff.

[2]) Vgl. Knipschildt: a. a. O. cap. X n. 10, v. Zedlitz-Neukirch: a. a. O. S. 9. Duncker: a. a. O. S. 123. Dieser macht auch besonders auf die Unsinnigkeit der von der ältesten Lehre vertretenen Ansicht aufmerksam. Costa, Entwickelungsgesch. d. deutsch. Familienfideikomisses.

[3]) Vgl. Duncker a. a. O. S. 124, 125; Lewis a. a. O. S. 182, 183.

Eine viel grössere Bedeutung hat die Gestaltung, welche dem Institute die neueren Partikularrechte gegeben haben, indem sie die Lehre vom geteilten Eigentum auf das Familienfideikommiß anwandten. Bei diesem werden die einzelnen Befugnisse, die das Eigentum gewährt, zerlegt und verschiedenen Personen zugesprochen. Das ALR. unterscheidet hierbei insbesondere die sogen. „Proprietät", d. h. die Befugnis über die Substanz der Sache zu verfügen (§ 10 I, 8) und das sogen. „nutzbare" Eigentum, d. h. die Befugnis, die Sache zu gebrauchen (§§ 11 I, 8 und 4 I, 18). Der Inhaber des ersteren heißt „Obereigentümer" (§ 1 I, 18), der des letzteren „nutzbarer Eigentümer" (§ 4 I, 18). Das ALR. behandelt nach diesem Schema das Lehnswesen, das Erbzinsrecht und das Fideikommiß. Während aber das Eigentum bei den zwei ersteren zwischen zwei physischen Personen geteilt ist, entstehen Schwierigkeiten beim letzteren. Denn hier kann man keine Einzelperson als Obereigentümer einführen, da jeder Anwärter als solcher zwar ein dingliches Recht auf das Familienfideikommiß, nicht aber ein Recht besitzt, das dem geschilderten Charakter des Obereigentums entsprechen würde. Man mußte daher als Obereigentümer eine juristische, oder wie es in der Sprache des 18. Jahrhunderts meist heißt, eine „moralische" Person aufstellen, und als solche konnte nur die Familie in Frage kommen, was das ALR. denn auch tatsächlich in den §§ 72, 73 II, 4 tut. Die ganze Konstruktion hat indes noch eine gewisse Schwierigkeit zu überwinden. Sie setzt nämlich voraus, daß die Familie tatsächlich als eine derartige juristische Person existiert. Das ist aber nach gemeinem Rechte nur bei der Familie des hohen Adels, nicht dagegen bei anderen Familien, insbesondere auch nicht bei denen des niederen Adels der Fall[1]).

[1]) Vgl. Beseler: Die Lehre v. d. Erbverträgen Bd. II, Teil 2 S. 51, Lewis: a. a. O. S. 186, Rosin: a. a. O. S. 350. Vgl. auch Duncker, S. 115 ff., der jedoch auch der Familie des hohen Adels die Rechtspersönlichkeit abspricht (a. a. O. S. 120 ff), ebenso wie Meyer in Grünhuts Ztschr. Bd V. S. 229 ff., gegen den sich aber sehr scharf in dems. Bd. Beseler (S. 540 ff.) und Gierke (S. 577 ff.) wenden.

Daher ist das Obereigentum, wie Rosin a. a. O. S. 351 ausführt, selbst wo Gesetzbücher dieser Auffassung Rechnung tragen, bedeutungslos, wenn nicht zugleich oder durch spätere Gesetze der Familie eine körperschaftliche Verfassung gegeben wurde. Von vornherein scheiden daher das gemeine Recht und diejenigen (modernen) Partikularrechte aus, die in ihrer Konstruktion mit ihm übereinstimmen. Für das gemeine Recht kann, da ihm im allgemeinen die juristische Person der Familie unbekannt ist, vom geteilten Eigentum gar nicht die Rede sein; ihm gilt vielmehr der Inhaber des Fideikommisses als wahrer Eigentümer (diese Ansicht Knipschildts ist die einzige gemeinrechtlich haltbare und hat sich auch allein bis in die neueste Zeit behauptet). Denselben Standpunkt nimmt z. B. Baden (Art. 36 § 1, Abs. 2 AG BGB.) ein.

Die praktische Konsequenz für die zu behandelnde Frage ist nun die, daß das gemeine Recht, da es einerseits die juristische Person der Familie nicht kennt, andererseits aber — wenigstens in neuerer Zeit — in der Schenkung einen Vertrag sieht, prima facie die Errichtung eines Fideikommisses als Schenkung nicht auffassen kann.[1]) Nur wenn die Gründung zu Gunsten einer Familie des hohen Adels erfolgt, wäre dies scheinbar möglich; aber hier scheitert diese Konstruktion, wie später zu zeigen sein wird, aus einem anderen Grunde.

Anders jedoch steht es im preußischen Recht. Wie bereits hervorgehoben, schreibt das ALR in § 73 II, 4 das Obereigentum der Familie zu. Man hat im Laufe des 19. Jahrhunderts die Gültigkeit dieses Satzes lebhaft bestritten und versucht, an die Stelle des dem heutigen Rechte

[1]) Einen solchen Vertrag müßte man sich mit jedem Anwärter abgeschlossen denken, natürlich eine Absurdität! Das soll es wohl auch bedeuten, wenn Lewis (S. 120) sagt, mit dem Begriffe der Schenkung lasse sich die Bestimmung über das Schicksal eines Vermögensobjektes auf Generationen nicht vereinigen. Zwar spricht Knipschildt auch von donationes (cap. I n. 185: donatio quaedam, cap. VI n. 57 ff); dies erklärt sich wohl aber daraus, daß zu seiner Zeit die Vertragsnatur der Schenkung noch nicht feststand, so daß donatio der heutigen unentgeltlichen Zuwendung entsprechen würde, (Lewis S. 28, Note 37).

fremden Begriffs des geteilten Eigentums andere Begriffe zu setzen, so vor allem Rehbein, besonders unter Berufung auf das Grundbuchrecht.[1]) Nach der preußischen GBO erfolgte allerdings die Eintragung des Fideikommißbesitzers in der ersten Abteilung, also als Eigentümer, während das Recht der Familie als dingliche Belastung in Rubrik II verzeichnet wurde. (§§ 11, 52, 71, 73, 74 der preußischen GBO). Indes sprechen diese Vorschriften keineswegs gegen das geteilte Eigentum;[2]) war doch sogar schon in der preußischen Hypothekenordnung, also noch vor dem ALR und in einer Zeit, wo man an dem geteilten Eigentum nicht den mindesten Anstoss nahm, in § 50 die Eintragung der dinglichen Belastung in Abteilung 2 vorgeschrieben. Rehbein hebt nun ausdrücklich hervor, aus den angeführten Bestimmungen lasse sich folgern, daß der Fidei-

[1]) Rehbein: Ob. Tr. Bd. IV S. 667, 680 ff.

[2]) Daher beweist auch die von Rehbein angeführte RGE (Bd. 28 S. 226) nichts, da sie nur die Art der Eintragung beim geteilten Eigentum feststellt; auch in Bd. 54 S. 401 läßt das RG die Frage unentschieden; dagegen steht auf Rehbeins Seite das Kammergericht (Rspr. der OLG. Bd. VI S. 332). — Vgl. für das bayerische Recht, in dem ebenfalls der Fideikommißbesitzer im Grundbuch eingetragen wird, auch Oertmann S. 450, der allerdings wieder nach der anderen Richtung hin zu weit geht, indem er dem Besitzer unter dem Namen des „Untereigentümers" ein dingliches Recht an fremder Sache geben und der Familie das wahre Eigentum zusprechen will (a. a. O. S. 450). Oertmann nimmt nämlich einen ganz merkwürdigen Standpunkt ein: einerseits ist ihm die juristische Persönlichkeit der Familie außerordentlich sympatisch (a. a. O. S. 449); andererseits aber verwirft er das geteilte Eigentum (S. 414/415; 449). Dieser Zwiespalt führt ihn zu der angegebenen merkwürdigen Konstruktion, die aber m. E. nicht richtig ist. Denn wenn man schon heutige Begriffe unter frühere Namen bringen will, so muß man doch wohl umgekehrt den Obereigentümer als nur dinglich Berechtigten und den Untereigentümer als wahren Eigentümer betrachten, da er jedenfalls den unmittelbaren Einfluß auf die Sache ausübt. Überdies scheitert die Konstruktion aber m. E. daran, daß das bayrische Recht — wie Oertmann (S. 449/450) selbst zugibt — die Rechtspersönlichkeit der Familie nicht ausgebildet hat, dies ist jedoch — wie Rosin a. a. O. mit Recht hervorhebt · Voraussetzung. Für das bayrische Recht ist daher — trotz des Wortlautes des § 42 des Ediktes — die Konstruktion des gemeinen Rechts am meisten zu empfehlen.

kommißbesitzer nicht bloßer Nießbraucher sei; allein das will das ALR, wie er selbst zugeben muß, auch garnicht sagen: auch das ALR. behandelt ja den jeweiligen Inhaber als Eigentümer; eigenartig ist hierbei nur, daß es zwei Eigentümer kennt, eine Merkwürdigkeit, mit der man sich nun einmal abfinden muß. — Auch Fischer verwirft das Dogma vom geteilten Eigentum,[1]) indem er erklärt, die Wissenschaft sei an die im Gesetz gegebenen Konstruktionen nicht gebunden. Aber selbst wenn man die Richtigkeit dieses Satzes zugibt, muß m. E. doch gesagt werden, das es sich in den §§ 72, 73 ALR. nicht um eine Konstruktion, sondern um eine positive Gesetzesvorschrift handelt, die sich nicht ohne weiteres aus der Welt schaffen läßt. Hierfür scheint mir auch die Behandlung zu sprechen, die das ALR. den Geldfideikomissen angedeihen läßt. Es betrachtet nämlich bei letzteren den Fideikommißbesitzer nur als Nießbraucher, indem es ihn auf die Erhebung und den Genuß der Zinsen beschränkt (§ 126 II, 4). Wem soll nun aber das Eigentum an dem Kapital zustehen? Wir müssen hier einmal im Sinne des ALR. mit diesem Begriff operieren, obgleich wir heute kein Eigentum an Forderungen mehr kennen. Das deutsche Recht sprach bekanntlich nicht nur von Eigentum an Sachen, sondern auch an Rechten, und die Partikulargetzgebungen bedienen sich derselben Ausdrucksweise, indem sie Eigentum alles dasjenige nennen, was jemandem gehört (vgl. österr. GB, § 353, ALR. I, 8 §§ 1, 2). Von diesem Standpunkte aus kommt das ALR. sehr gut mit der Bestimmung des § 126 durch, indem es die Familie als Eigentümerin (d. h. nach heutigem Sprachgebrauch als „Gläubigerin"), den Besitzer aber als Nießbraucher betrachtet. Wie jedoch wollen die Gegner des geteilten Eigentums sich dann mit dieser Vorschrift, deren Rechtsgiltigkeit übrigens erst neuerdings vom OLG. Königsberg anerkannt worden ist,[2]) abfinden? — Die Wissenschaft mag allerdings an die im Gesetz gegebenen Konstruktionen, sofern sie wirklich nur theoretische Lehr-

[1]) Fischer: Pr. Pr. R. S. 226; S. 27, 28.
[2]) Vgl. Seufferts Arch. Bd. 65 S. 62, 63.

sätze sein wollen, sich nicht für gebunden halten; sobald aber daraus positive Gesetzesvorschriften hergeleitet werden, muß sie die Konstruktion, wenn sie dieselbe auch für falsch erachtet, anerkennen.[1])

Aber auch nach dem Inkrafttreten des BGB. muß an dieser Gestaltung festgehalten werden. Denn nach EGBGB. Art. 59 und AGBGB. Art. 89 sind die Vorschriften des ALR. über Familienfideikomisse aufrecht erhalten, also auch die §§ 72 und 73 II, 4. Nun sind zwar die Titel 8 und 18 §§ 1 ff des ersten Teils, welche gerade die Begriffsbestimmung des geteilten Eigentums enthalten, aufgehoben, aber man wird hier den Begriff der sogen. „unechten Verweisung" anwenden müssen, d. h. die Bestimmungen bleiben insoweit aufrecht erhalten, als in vorbehaltenen Materien auf sie verwiesen ist und sie dadurch zum Bestandteile des Sonderrechts geworden sind.[2]) In der Tat wird auch neuerdings wieder vielfach diese Ansicht vertreten.[3])

Die Frage ist hier deshalb etwas eingehender behandelt worden, weil sie die Grundlage für die nunmehr zu behandelnde bildet: ist die Familie auch heute noch nach preußischem Recht (dieses allein kommt hier in Frage), eine

---

[1]) Da der Fideikommißbesitzer als Nießbraucher nicht Gläubiger der Forderung sein kann, hätte sie überhaupt keinen Gläubiger! Es gibt hier nur zwei Möglichkeiten: entweder man behält die landrechtliche Konstruktion bei, oder man spricht dem Besitzer das Kapital zu und darf ihn dann nicht mehr als bloßen Nießbraucher betrachten; man müßte sich daher auch über die Vorschrift des § 126 II, 4 hinwegsetzen.

[2]) Der Begriff der unechten Verweisung wird fast durchweg anerkannt, so z. B. Ramdohr a. a. O. S. 214, 323; Crusen-Müller; AG. Vorbem. II, 1b *β*, *αα* zu Art. 8 und 9, Bem. II C zu Art 87, Bem. zu Art. 89 (bei ALR. I, 18); Niedner EG Bem. 3 zu Art 4; Planck; EG. Bem. 2 zu Art. 4; Staudinger: Bem. IIIb 3a zu Art. 4; Crome Bd. I, § 9 II, 2; Mot. zum EG. S. 64; — a. A. nur Weißler: Landesprivatrecht Bd. I, S. V. ff; Zitelmann, Grenzstreit S. 518 ff.

[3]) Vgl. z. B. Güthe, Komm. z. GBO., I. Bd. Vorbem. zum 2. Abschn. No. 51; Turnau-Förster Bd. I, S. 343; Negelein S. 43 ff; Berthold S. 60 ff; Ramdohr S. 323 ff.; Wolff S. 29; Gierke, im Handwörterb. d. Staatswiss. Bd. IV, S. 109; Otto Hans Gierke in Iherings Jahrb. Bd. 49, S 221 ff.; vor 1900 Gierke in Grünhuts Ztschr. Bd. V S. 587; Rosin, a. a. O. S. 352 Note 14.

juristische Person? Auch dies ist vielfach bestritten worden, mit besonderer Schärfe von Fischer (a. a. O. S. 226). Allein aus denselben Gründen, aus denen früher (beim geteilten Eigentum) die Ansicht Fischers zurückgewiesen wurde, muß dies auch hier geschehen. Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß das preußische Recht seine Konstruktion des zwischen Familie und Inhaber geteilten Eigentums mit einer Konsequenz durchführt, die auch heute noch zwingt, dieser Konstruktion zu folgen. Es entwickelt gesetzliche Bestimmungen, welche sie als mehr als einen theoretischen Lehrsatz erscheinen lassen, so z. B. in der bereits behandelten Vorschrift des § 126 II, 4 ALR. Schon das ALR, vor allem aber das Gesetz vom 15. Februar 1840 hat der Familie eine durchaus korporative Organisation beigelegt. Sie kann ihren Willen durch Familienschlüsse kundgeben, die den Beschlüssen der Mitgliederversammlung einer juristischen Person nach § 32 BGB. entsprechen; außerdem hat sie ihre bestimmten Organe: den Familienvorsteher, den Kurator usw. — Man kann dabei die beiden Anwärter, deren Zuziehung in gewissen Fällen genügt, bezw. den Kurator mit Ramdohr in analoger Anwendung mit § 26 BGB als „gesetzliche Vertreter" bezeichnen.[1])

Jedenfalls vertreten sie die Familie, und gerade dieser Umstand beweist m. E., daß die Familie hier als juristische Person gedacht ist.[2]) — Das Gesetz über die Familienschlüsse von 1840, das vornehmlich eine derartige körper-

---

[1]) Vgl. Ramdohr, a. a. O. S. 522.

[2]) Auch Dernburg ist dieser Ansicht. Vgl. Pr. Pr. R. Bd. I S. 954, 957; Bürgerl. R. Bd. III S. 393, 397, 398. „Die Anwärter unterliegen Beschlüssen der Familie, welche hierbei als eine juristische Person gilt." ... „Zu gewissen Verfügungen genügt der Konsens zweier Anwärter, welche dabei die Familie vertreten." ... „Der Fideikommißbesitzer von Grundstücken ist nutzbarer Eigentümer derselben."

Es ist daher übrigens auch nicht ganz konsequent, wenn Guttmann einerseits die Rechtspersönlichkeit der Familie leugnet (S. 37), andererseits der analogen Anwendung des § 26 BGB das Wort redet (S. 39).

Für Obereigentum der Familie und damit für die Rechtspersönlichkeit dieser u. a. Gierke: Gen. R. Bd. I S. 426, ders. in Iher. Jahrb. 35, S. 275/76; dagegen Förster-Eccius, Pr. Pr. R. IV, S. 262.

schaftliche Organisation der Familie herbeigeführt hat, gilt auch heute noch, so daß sich, wie Ramdohr (a. a. O. S. 302, 481) mit Recht bemerkt, die Rechtspersönlichkeit der Familie nicht fortdisputieren läßt. Dagegen beweist auch die Grundbucheintragung nichts. Wenn dies schon bei der Frage des Obereigentums hervorgehoben wurde, so muß es hier nochmals betont werden. Praktisch (und nur die praktische Seite, d. h. den Verkehr, hat das Grundbuchrecht im Auge) stellt sich das Fideikommiß allerdings als Verfügungsbeschränkung des Nutzeigentümers und das Recht der übrigen Familienglieder als dingliches Anwartschaftsrecht dar. Aber damit ist keineswegs bewiesen, daß das Obereigentum der Familie nicht besteht (wie dies Fischer S. 226 behauptet), vielmehr sind diese Anwartschaftsrechte nur ein Ausfluß dieses Familienobereigentums, und wenn schon der Grundbucheintrag nichts gegen das Obereigentum beweist, so widerlegt er noch viel weniger die Theorie von der Rechtspersönlichkeit der Familie.

Wie die Literatur, so hat auch in diesem Falle die Rechtsprechung geschwankt.[1]) Neuerdings ist sogar de lege ferenda die Ansicht vertreten worden, eine zweckmäßige Organisation der Fideikommisse könne nur erfolgen, wenn man der Familie — als korporativer Organisation — das Obereigentum zuspräche; besonders scharf hat diese Meinung Gierke verfochten.[2]) Indes dürfte de lege ferenda diese Auffassung doch nicht zu billigen sein, da sie in zu schroffem Widerspruche zum Rechte des BGB stehen würde, das eine derartige Zusammenfassung der Familie zu

---

[1]) Vgl. für Rechtspersönlichkeit Ob. Tr. Bd. 67, S. 222 ff (insbes. S. 225), unbestimmt, wenn auch im Prinzip dagegen: Ob. Tr. 51. S. 281; RG. Bd. 28, S. 225 ff. Völlig unentschieden läßt die Frage RG, 54, S. 402. Auch in der neuesten Judikatur läßt das RG. die Frage offen, scheint aber doch der Rechtspersönlichkeit sympatischer gegenüber zu stehen, vgl. RG. Bd. 74, S. 239.

[2]) Gierke in Grünhuts Ztschr. Bd. V S. 287, Note 66; Gierke im Hdwb. der Staatsw. Bd. IV S. 109; — Ebenso: von Maskowski: Erbrecht Bd. II S. 84, Ramdohr a. a. O. S. 482 Note 2.

einer Korporation nicht kennt.[1]) In der Tat ist der Entwurf der modernen Anschauung gefolgt, indem er in § 26 bestimmt: „Das Familienfideikommiß gehört dem Fideikommißbesitzer." Nach ALR. aber muß man sich sowohl mit dem Obereigentum wie mit der juristischen Person der Familie abfinden.

2. Wir sehen also, daß an sich — wenigstens sofern Partikularrechte dem Institute dieselbe Gestaltung gegeben haben wie das preußische — für eine Schenkung ein Vertragsgegner, der überhaupt in Betracht kommen könnte, wohl in Gestalt der juristischen Person der Familie vorhanden ist. Weitere Voraussetzung für eine Schenkung ist aber, daß dieser Gegner beim Vertragsschluß bereits besteht, und es erhebt sich infolgedessen die weitere Frage: wann entsteht die juristische Person der Familie?

Die Familie als juristische Person gehört nach ALR. zum Wesen und Begriff des Familienfideikommisses. (Ramdohr, a. a. O. S. 485.) Es braucht daher in dem Stiftungsakt nicht besonders ein auf ihre Enstehung gerichteter Wille ausgesprochen zu werden, vielmehr genügt es, wenn sämtliche Akte vorgenommen sind, die zur Schaffung eines Fideikomisses an sich nötig sind: also Verlautbarung, Bestätigung, evtl. königliche Genehmigung. Jedenfalls trifft das Inkrafttreten des Instituts mit der Entstehung der Familie zusammen; denn vorher besteht letztere als Rechtspersönlichkeit in der Tat nicht, sie wird vielmehr nur geschaffen, weil das Gesetz es beim Familienfideikommiß fordert und nur dann, wenn ein solches wirklich entsteht. Die Folge aber ist, daß in der Errichtung eines Familienfideikommisses unmöglich ein Vertrag mit der Familie erblickt

[1]) Vgl. Negelein S. 44; Berthold S. 60, der übrigens auch nach bisherigem preußischen Recht die Persönlichkeit der Familie leugnet, sich dabei aber mit Unrecht auf Wolff beruft; denn dieser spricht nur de lege ferenda gegen die Rechtspersönlichkeit, widerlegt allerdings hier sehr eingehend die Ausführungen Gierkes (S. 32. ff). — Vgl. auch Erbrechts-Entwurf (Vorlage des Redaktors) S. 1224: „. . . .so kann zunächst von der Festhaltung geteilten Eigentums keine Rede sein, weil eine solche Unterscheidung von dem BGB. prinzipiell verworfen wird.

werden kann. Vgl. auch Ramdohr a. a. O. S. 287.: „Die Obereigentümerin insbesondere vermag als Kontrahentin bereits aus dem Grunde garnicht in Betracht zu kommen, weil sie vor der Entstehung des Familienfideikommisses selbst noch nicht existiert."[1]) — Die Errichtung eines Fideikommisses hat gewisse Ähnlichkeit mit der Gründung einer Stiftung. Zwar bestehen zwischen einem solchen und einer Familienstiftung, die ja heute gemäß Art. 1 ff AGBGB. den allgemeinen Regeln über Stiftungen unterliegt, Unterschiede; beide haben aber — wie manches andere — auch das gemeinsam, daß sie eine juristische Person erzeugen: diese die Stiftung selbst, jene zwar nicht das Fideikommiß — denn dieses ist keine juristische Person —, wohl aber die Familie als Rechtssubjekt. Wir können infolgedessen Fragen, die bei der Gründung von Stiftungen behandelt worden sind, sehr wohl zur Erläuterung der Rechtsvorgänge bei Fideikommissen heranziehen. Noch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts behandelt das Reichsgericht die Frage, ob die Gründung einer Stiftung eine Schenkung darstellt, weil es nach gemeinem Rechte hiervon abhing, ob der Gründungsakt gerichtlicher Insinuation bedürfe. Das Reichsgericht hat diese Frage bejaht und sich dabei auf einzelne namhafte Schriftsteller des gemeinen Rechts berufen.[2]) Schon in diesem ging man — wie erwähnt — von der Vertragsnatur der Schenkung aus, und es kam darauf an, eine Person zu finden, der man eine Schenkungsofferte machen konnte. So bezeichnet Gerber die Stiftung als einen „Akt der Liberalität, eine eigentümliche Schenkung an unbebestimmte Personen"[3]) allein schon in diesen letzten Worten liegt die Widerlegung: eine Offerte muß an eine bestimmte Person gerichtet sein. Ebenso unrichtig ist die

[1]) Diesen Satz erkennt auch bereits Walter — übrigens in wörtlicher Übereinstimmung mit Lewis S. 119, 120 — an (vgl. S. 24); trotzdem sieht er an der Errichtung eine „Schenkung", obwohl auf das ALR. in der Schenkung einen Vertrag sah. Diese beiden Stellen bei Walter stehen also in direktem Widerspruch zueinander.

[2]) Vgl. RG Bd. 5, S. 142, 143.

[3]) Gerber in Iher. Jahrb. Bd. II, S. 363.

Ansicht Pfeiffers, der den Staat als Versprechensempfänger und negotiorum gestor oder curator ad hoc der Stiftung ansehen will, „bis ihr eigentlicher Kurator bestellt ist und die Stiftung durch ihn handeln kann".[1]) Denn abgesehen davon, daß der Staat als solcher Propositar nicht angesehen werden darf,[2]) kann ein Vertreter nur für eine Person auftreten, die schon existiert, oder doch wenigstens im Entstehen begriffen ist. Letzteres will allerdings das Reichsgericht nachweisen, indem es einen nasciturus zu konstruieren sucht.[3]) Dieser Versuch scheint mir indes absolut mißlungen; denn abgesehen davon, ob man überhaupt bei der Entstehung einer juristischen Person — als eines Gedankendinges — ein ebensolches Vorbereitungsstadium annehmen kann wie beim Menschen, scheitert er daran, daß hier der nasciturus auch erzeugt erst durch denselben Akt würde, der das Schenkungsangebot enthält. Man kann allenfalls einen Kurator für einen nasciturus eine Schenkung annehmen lassen, der ohne Rücksicht auf das Schenkungsanerbieten im Entstehen begriffen ist, weil jener Vorbereitungsprozeß dann eben schon vorher begonnen hat, nie aber für einen nasciturus, der durch jenes Schenkungsanerbieten gerade erst zu entstehen anfangen soll. Dementsprechend ist auch bereits im gemeinen Recht von mehreren Autoren, deren Ansicht das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung bekämpft, die mir aber richtig erscheint, ausgesprochen worden, daß die Gründung einer Stiftung keine Schenkung involviere.[4]) Wenn man also schon nach gemeinem Recht zu diesem Resultat kommen mußte, so beseitigt das neue Recht jeden Zweifel. Denn daraus, daß das BGB nirgends erwähnt, daß die in dem Stiftungsgeschäfte enthaltene Willenserklärung einem anderen (etwa der Behörde) gegenüber abzugeben ist, wird mit Recht gefolgert, daß sie einseitig und nicht empfangsbedürftig

[1]) Pfeiffer a. a. O. § 45 (S. 134).
[2]) Vgl. Demelius in Iher. Jahrb. Bd. IV, S. 147.
[3]) RG a a. O. S. 143.
[4]) Vgl. Roth in Iher. Jahrb. Bd. I, S. 208; ausserdem Demelius a. a. O. S. 145.

ist.[1]) Sie kann also nie eine Schenkungsofferte an die Stiftung sein, die gerade erst durch das Stiftungsgeschäft und die nachfolgende staatliche Genehmigung zustande kommt.[2]) Und wie die juristische Person der Stiftung im Augenblicke des Stiftungsgeschäftes noch nicht vorhanden ist, so besteht auch die juristische Person der Familie bei der Gründung eines Familienfideikommisses noch nicht.) Ein Vertrag mit einer bestehenden Familie könnte nur dann in Frage kommen, wenn die Errichtung zu Gunsten einer Familie, die schon Eigentümerin eines anderen Fideikomisses ist, oder zu Gunsten einer Familie des hohen Adels erfolgt; denn in beiden Fällen besteht dann die juristische Person der Familie schon vorher (dort als Eigentümerin des ersten Fideikomisses, hier, weil die Familie des hohen Adels eine Korporation darstellt). Natürlich würden beide Fälle nur dann in Betracht kommen, wenn die Familie wirklich als Vertragsgegnerin auftritt, nicht wenn der Stifter rein einseitig handelt.

Aber hier muß die Vertragsnatur aus einem anderen Grunde abgelehnt werden. Die Errichtung ist nämlich stets ein streng einseitiges Geschäft. § 28 II, 4 ALR. sagt allerdings, Familienstiftungen (also auch Familienfideikommisse) könnten durch „Verträge" entstehen. Allein diese Ausdrucksweise ist ungenau, und in der Vorlage des Redaktors wird ausdrücklich ausgesprochen, daß die Errichtung immer einseitig ist, auch wenn sie sich äußerlich in die Form eines Vertrags mit den nächsten Anwärtern

---

[1]) Vgl. Enneccerus a. a. O. § 110, Anm. 7 (S. 270); von Tuhr a. a. O. S. 597, 599; Dernburg: Bürg. R. Bd. I § 92, III 1 b; Staudinger: Bd. I Bem. III 1 zu § 80, Planck: Bd. I Bem. 1 zu § 81.

[2]) Daß übrigens nach heutigem Recht die Stiftung nicht als Schenkung zu betrachten ist, geht auch aus einer RGE im 54. Bande (S. 144) hervor, in der ausgesprochen wird, daß zwar das Stempelsteuergesetz hinsichtlich der Gebühren die Stiftung als Schenkung behandelt; diese Behandlung weiche aber vom bürgerlichen Recht ab, nachdem die Stiftung mangels eines Vertrages nicht als Schenkung aufzufassen sei, ebenso Dernburg, S. 317, Note 25, Staudinger, Bem. 4 zu § 82, Planck, I Bem. 3 zu § 82, die beide nur von Analogie zur Schenkung sprechen.

kleidet.[1]) Wenn einige Gesetze — inbesondere das ALR. sagen, die Errichtung könne auch durch Vertrag erfolgen, so hat das demnach nur die Bedeutung, daß sich der eine Teil dem anderen gegenüber obligatorisch verpflichtet, ein Familienfideikommiß zu errichten. Die Errichtung selbst ist dinglich und einseitig; denn selbst wenn man nach den oben angeführten Ausnahmefällen die juristische Person der Familie als schon bestehend ansehen und mithin einen Vertragsgegner einführen wollte, so vollziehen sich doch die dinglichen Wirkungen der Errichtung (der Erwerb des nutzbaren Eigentums durch den ersten Fideikommißbesitzer und des Obereigentums durch die Familie) nicht durch eine Annahme, sondern durch die einseitige Erklärung des Stifters. Das geht aus dem bereits erwähnten § 64 II, 4 ALR., sowie aus Art. 16, 17 pr. AG GBO. hervor, die verordnen, daß die Fideikommißbehörde von Amts wegen für die Eintragung zu sorgen hat. Denn hierdurch ist ausgesprochen, daß sich die dingliche Wirkung unabhängig von einem Vertrage der Parteien vollzogen hat. Die Eintragung führt also nicht erst die dinglichen Wirkungen herbei, sondern wirkt nur deklaratorisch.[2]) Dasselbe muß aber auch gemeinrechtlich wie nach den übrigen Partikularrechten gelten. Es wird zwar in keinem Gesetz ausgesprochen ,daß die Errichtung stets ein einseitiges Rechts-

---

[1]) Vorl. d. Redaktors. Entwurf eines EGBGB., vom Standpunkte des SR S. 211. Ebenso schon für Familienstiftungen: Hinschius a. a. O. Sp. 419 ff, der gerade aus diesem Grunde auch die Schenkungsnatur ablehnt. Dieselbe Ansicht vertreten auch Ramdohr (a. a. O. S. 278, 280) und Crome: Bd. III, § 448 Ziff. 2, Anm. 14 (S. 589).

Unrichtig daher die Ansicht Dernburgs, die Errichtung bedürfe dann der Annahme des Begünstigten (Pr. Pr. Bd. I, § 375 Ziff. 3 und bürgerl. Recht Bd. III, § 127 Ziff. 3). Eine solche Annahme wäre nur bei einem obligatorischen Vertrage denkbar. Allerdings war diese Vertragsansicht früher allgemein herrschend und v. Salza (in Weiskes Rechtslexikon Bd. IV, S. 244) stellt die Begründung durch Vertrag sogar an die erste Stelle.

[2]) Vgl. auch Güthe: pr. AG GBO. Art. 16 Ziff. II 3a (S. 1216), ferner Mot. zum Entw. S. 69 ff.; Ramdohr S. 308; Lewis S. 144 ff; Guttmann S. 27/29. Vgl. auch hierüber die ausführliche Darstellung bei Hinschius, a. a. O. Sp. 117 ff.

geschäft sei; wir finden vielmehr entweder die Nebeneinanderstellung von einseitigen Geschäften und Verträgen (so eben z. B. im ALR. § 28 II, 4) oder eine indifferente Ausdrucksweise (so z. B. bayr. Edikt § 17, sächs. Fam.-Anw.-Ges. § 8), allein: es handelt sich, wie bereits oben bemerkt, hier nur um eine ungenaue Ausdrucksweise. Daß nur ein einseitiger Akt in Frage kommen kann, geht aus dem Grundcharakter des Fideikommisses hervor, und dieser ist überall derselbe, wenn auch die Partikularrechte in der Regelung der Einzelheiten Abweichungen von einander zeigen.

Nun ist allerdings, wie bereits bemerkt, ein obligatorischer Vertrag denkbar, der entweder vor der eigentlichen Stiftung oder mit dieser zugleich geschlossen sein kann, und es könnte die Frage auftauchen, ob vielleicht dann eine Schenkung zu konstruieren wäre. Es liegt auf der Hand, daß dann nicht im § 516, sondern im § 518 BGB. die in Frage stehende Norm zu suchen sein würde. Allein auch § 518, der von einem „Vertrage durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird" spricht, kann nicht angewendet werden, da er natürlich dieselben Voraussetzungen hat wie § 516, also „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind" usw. Man wird also auch hier fordern müssen, daß die Zuwendung, welche versprochen wird, einen Vertrag darstelle, und das ist bei der Errichtung eines Fideikommisses nicht der Fall. Eines läßt sich allerdings nicht leugnen: wird dieser Vertrag mit einem Familienmitgliede oder einer außerhalb der Familie stehenden Person in der Weise geschlossen, daß diese und nicht der Stifter erster Fideikommißbesitzer wird, so vollzieht sich außer dem Inkrafttreten des Fideikommisses ein Eigentumsübergang, und die Sache liegt dann ebenso, als wenn der Stifter dem anderen schenkweise das (Unter-)Eigentum, allerdings beschränkt durch das Obereigentum der Familie, bezw. das Volleigentum, belastet mit den dinglichen Rechten der Anwärter, übertragen würde.[1]) Daß zunächst aus

[1]) Ebenso übrigens wenn der Stifter die Errichtung in dieser Weise vollzieht, ohne sich vorher vertraglich verpflichtet zu haben.

einem solchen Vertrage überhaupt auf die Errichtung gegeklagt werden kann, unterliegt, wie Ramdohr (a. a. O. S. 280) bemerkt,[1]) bei der im BGB. herrschenden Vertragsfreiheit keinem Zweifel, und die Zwangsvollstreckung würde alsdann nach § 888 ZPO. auszuführen sein. — Die Wirkung einer solchen Handlung würde dann im wirtschaftlichen Effekte einer Schenkung sehr nahe kommen und sich auch juristisch nur dadurch von ihr unterscheiden, daß hier ausnahmsweise die Eigentumsübertragung durch die einseitige Erklärung des Stifters bewirkt wird, während in der Regel ein dinglicher Vertrag nötig ist. Eine Schenkung selbst liegt trotzdem nicht vor; hier wird man aber eine analoge Anwendung der §§ 1641, 1804 befürworten und die Errichtung einer Schenkung gleich stellen müssen, wie das für den Pflichtteil ja anerkannt worden ist. Dagegen erscheint mir, wenn der Stifter selbst erster Fideikommißbesitzer wird, eine solche Gleichstellung nicht geboten.[2])

[1]) In der Tat wird man Ramdohr Recht geben müssen, wenn er behauptet (S. 280), daß bei dieser nicht § 894 ZPO. Anwendung finden könne; denn dieser würde vorraussetzen, daß der Schuldner zu einer „inhaltlich bestimmten Willenserklärung" (vgl. Gaupp-Stein § 894 Ziff. I, 2) verurteilt werden könnte. Wenn sich aber jemand verpflichtet, ein Fideikommiß zu errichten, so ist das keinewegs eine bestimmte Willenserklärung; können doch im einzelnen noch allerlei Verschiedenheiten — besonders über Successionsordnung usw. — bestimmt werden. Daher liegt in der Tat eine Handlung vor, die durch eine dritte Person nicht vorgenommen werden kann, und die Zwangsvollstreckung hat nach § 888 ZPO. zu erfolgen.

[2]) Förster-Eccius (Pr. Pr. Bd. IV, § 232 Note 7) will, wie bereits oben erwähnt, für den § 38 VO. ebenfalls nur Schenkungen im streng juristischen Sinne zulassen, da Ausnahmevorschriften streng zu interpretieren seien. Wenn man diesen letzten Satz für richtig hält, würde man allerdings eine Analogie ebenfalls nicht zulassen dürfen, da Analogie und Auslegung im engsten Zusammenhange mit einander stehen (vgl. Staudinger: Bd. I Einl. VI, S. 17). Daß sich Ausnahmevorschriften der analogen Anwendung entziehen, ist nun früher in der Tat vielfach behauptet worden (vgl. z. B. Förster-Eccius Bd. I, § 13). Heute wird der Satz nicht mehr in solcher Schärfe aufrecht erhalten (vgl. z. B. Enneccerus a. a. O. § 56 Ziff. I, 2; vgl. übrigens auch Fischer, a. a. O. S. 23). Allerdings wird man bei derartigen singulären Bestimmungen die Analogie nur dann zulassen dürfen, wenn sie unbedingt geboten ist, und das

Zwar liegt auch hier eine unentgeltliche Zuwendung vor; aber die Analogie hat gerade das charakteristische Merkmal, daß sie nicht alle Fälle über einen Leisten spannen darf; daher sind auch hier alle Zuwendungen gleich zu behandeln. Der letzte Fall unterscheidet sich von dem vorhin behandelten dadurch, daß hier das nutzbare Eigentum nicht vergeben wird. Übrigens hat ja auch das Kammergericht in der oben erwähnten Entscheidung sich bezüglich des Pflichtteils dahin ausgesprochen, daß der Einzelfall zu berücksichtigen sei.

Es muß an dieser Stelle nun noch auf die Ausführungen Guttmanns bezüglich der Schenkung eingegangen werden. G. stimmt im großen und ganzen, soweit es sich um das Stiftungsgeschäft als einseitigen Akt handelt, mit der hier vorgetragenen Ansicht überein. Er sucht nun aber eine einseitige Schenkung aus § 516 Abs. 2 BGB. zu konstruieren, (a. a O. S. 56) indem diese „ohne den Willen eines anderen" erfolgt sei. Es handle sich daher, wie Planck Bd. II S. 428 ausführt, nur um eine (einseitige) Schenkungsofferte. Diese Meinung ist bereits oben bei der Behandlung der Frage, ob man nach gemeinem Recht in der Gründung einer gewöhnlichen Stiftung ein Schenkungsangebot sehen kann, widerlegt worden; es wurde dort auch darauf hingewiesen, daß bei einer Offerte immer eine Person da sein muß, der angeboten wird, daß aber eine solche bei der Gründung eines Familienfideikomisses fehlt. Denn man müßte sich als Gegner nach preußischem Recht die Familie, nach gemeinem sämtliche Anwärter denken. Die Familie jedoch besteht als juristische noch nicht, und die Anwärter leben noch nicht alle. Der Weg aber, den Guttmann vorschlägt, scheint nicht gangbar. Er sieht nämlich in der

dürfte in der vorliegenden Frage nur dann der Fall sein, wenn der erste Fideikommißbesitzer nicht der Mündel selbst wird. Daß es sich in dem § 1641, 1804 um eine Ausnahmevorschrift handelt, ist aber oben (§§ 6, 7 auseinandergesetzt worden. — Eine analoge, nicht eine direkte Anwendung der §§ 1641, 1804 wird man übrigens mit v. Tuhr (vgl. a. a. O. S. 602) auch für die Stiftung befürworten können, da hier dem Stifter tatsächlich Kapitalien endgiltig entzogen werden. Dies würde also dem Falle entsprechen, daß Fideikommißbesitzer eine andere Person als der Stifter wird.

Gründung eine Offerte die nur dem ersten Fideikommißbesitzer gemacht wird (S. 31); dieser — sowie jeder Fideikommißfolger — soll zwar infolge der dinglichen Wirkung des Stiftungsaktes (diese gibt G. zu) das Fideikommiß unmittelbar erwerben, er soll aber — nach Analogie der Erbschaft — das Recht der Ausschlagung haben und erst, wenn er auf dieses verzichtet, endgiltig Fideikommißbesitzer werden.

Jedoch bereits das Ausschlagungsrecht des Fideikommißfolgers bei Eintritt des Todes des Vorbesitzers ist bestritten.[1]) Aber aus dieser analogen Behandlung zur Erbschaft folgt noch nicht ohne weiteres die Ausschlagungsbefugnis des ersten Fideikommißbesitzers, der das Vermögen durch Sukzession unter Lebenden erwirbt, und selbst wenn man ihm dieses Recht geben wollte,[2]) so würde dies für die einseitige Schenkung, die G. daraus konstruieren will, nichts beweisen. Wohl bewirkt der Stifter durch seine Erklärung „daß einer Fideikommißbesitzer wird" (G. a. a. O. S. 31), aber zugleich auch, daß nach preußischem Recht die Familie Obereigentum, nach gemeinem Recht, dessen Anschauung G. folgt (S. 37), gewisse Personen Anwartschaftsrechte erwerben. Es müßten also mindestens alle bereits lebenden Anwärter das Fid. ausschlagen dürfen, und zwar nicht erst in dem Augenblicke, in dem sie zur Sukzession gelangen, wie dies G. will und wie es, wenn man eine derartige Auschlagungsbefugnis anerkennt, auch die einzige Möglichkeit sein würde, sondern bereits in dem Augenblicke der Stiftung! Wie aber, wenn eine dieser Personen annimmt, die andere jedoch ausschlägt? Man wende nicht ein, daß der Fall bei Miterben ebenso liege! Ein Miterbe kann sehr wohl ausschlagen, ohne daß deswegen die Erbfolge der übrigen hinfällig wird; nimmt dagegen ein Fideikommißinteressent nicht an, so würde nach der Theorie der

[1]) Dafür: Crome Bd. III S. 598, dagegen Ramdohr a. a. O. S. 547, 615: ausdrücklich anerkannt allerdings in Mecklenburg-Schwerin und -Strelitz (AV BGB. § 140 bezw. § 137), Sachsen (Ges. von 1900 § 78), Bayern (Edikt § 83) und im preuß. Entwurf (§ 142).

[2]) Daß der preußische Entwurf es tut (§ 21), beweist für das gegenwärtige Recht nichts.

Schenkungsofferte, das ganze Fideikommiß nicht zur Entstehung gelangen.[1])

Diese ganze Konstruktion also ist nicht haltbar und darum auch eine Subsumierung des Errichtungsaktes unter den § 516 Abs. 2 BGB. nicht anzuerkennen. Man wird daher nur in dem Falle, daß erster Fideikommißbesitzer nicht der Mündel selbst werden soll, die §§ 1641, 1804 analog anwenden und dementsprechend sagen können, daß in diesem Falle der gesetzliche Vertreter das Fideikommiß nicht errichten darf.[2])

§ 13.

δ) Ergebnis.

Wir haben so das Resultat gewonnen, daß die Errichtung eines Familienfideikommisses in der Regel keine Schenkung darstellt und daher durch den Vormund vorgenommen werden kann. Das Ergebnis lautet somit anders als dasjenige, welches Walter (a. a. O. S. 40 ff.) und Guttmann in ihren Abhandlungen gewinnen; suchen sie doch gerade nachzuweisen, daß es sich um eine Schenkung handelt. Die Ausführungen Guttmanns sind bereits besprochen. Walter beruft sich dabei -- in der Zeit, in der Walter schreibt, kommt auch für die Vormundschaft noch das ALR. in Betracht — auf den § 233 II, 18 und zieht hieraus den Schluß, daß der Vormund zu unentgeltlichen Veräußerungen in keinem Falle befugt sei. Daß Walter sich auf diesen Paragraphen berufen muß, erklärt sich zunächst daraus, daß das ALR. noch keine dem § 38 VO.

---

[1]) Natürlich kommt nach den Rechten, welche die Ausschlagungsbefugnis gewähren, das Fid. trotzdem zustande, weil der Stiftungsakt gar keine Schenkungsofferte oder einseitige Schenkung ist. — Der Fehler Guttmanns liegt eben darin, daß er das Angebot für ausreichend hält, wenn es einem Interessenten gestellt ist.

[2]) Das Ergebnis ist somit im letzten Falle dasselbe wie dasjenige Guttmanns; es ist aber aus einer analogen Anwendung des § 1804 (und zwar bezüglich der vertragsmäßigen Schenkung) entsprungen, während G. eine einseitige Schenkung konstruieren und dann den § 1804 direkt anwenden will.

und dem § 1804 BGB entprechende Vorschrift hatte. Daß hieraus die Unzulässigkeit unentgeltlicher Zuwendungen gefolgert wird, läßt sich für das ALR. allenfalls hören, nur darf man auch hier die Errichtung nicht als Schenkung im streng juristischen Sinne auffassen, da auch nach ALR. § 1037 I, 11 die Schenkung ein Vertrag war, wie überhaupt Walter keinen scharfen Unterschied zwischen Freigebigkeit und Schenkung macht.[1]) Daher ist es auch, wie Hinschius (a. a. O. Sp. 120) richtig hervorhebt, unsinnig, wenn das Ober-Tribunal in einem Atemzuge von Schenkung und einseitigem Akt spricht (vgl. Ob. Tr. Bd. 23 S. 351, 352). Die Ansicht Rehbeins aber,[2]) die Liberalität verliere ihren Charakter als juristische Schenkung nicht dadurch, daß sie nach dem Gesetz der Akzeptation im konkreten Falle nicht bedürfe, erscheint mir nicht haltbar (sie kommt einer Schenkung sehr nahe, ist aber selbst keine solche).

Der § 38 VO. ähnelt im Wortlaut dem § 1641 und 1804 BGB.; er unterscheidet sich jedoch, wie oben hervorgehoben, dadurch von ihnen, daß er auch sonstige Liberalitäten umfaßte, und von diesem Gesichtspunkte aus würde ebenfalls die Gründung eines Fideikommisses als Schenkung zu behandeln sein. Das heutige Recht dagegen hat nur Schenkungen im streng technischen Sinne im Auge und kann daher die Errichtung eines Fideikommisses niemals unter §§ 1641, 1804 subsumieren und dieselben nur im Ausnahmefalle analog anwenden.

Wenn man die Sache vorurteilslos betrachtet, so erscheint die Handlung des Vormunds auch garnicht so absurd, wie es Walter und Guttmann darstellen. Wohl erwirbt durch die Gründung nach preußischem Rechte die Familie Obereigentum, und der Mündel hört auf, Allein-

---

[1]) Ein anderer Fehler Walters liegt in seiner Behauptung, die Errichtung müsse stets ohne Äquivalent, d h. unentgeltlich erfolgen (S. 41). Es ist absolut nicht einzusehen, warum jemand, der einen anderen zum ersten Besitzer eines Fideikommisses macht, nicht von diesem eine Gegenleistung verlangen soll. Hier scheidet natürlich die Schenkungsfrage von vornherein aus.

[2]) Vgl. Rehbein: Ob. Tr. Bd. IV S. 677.

eigentümer zu sein; ihm steht aber auch ein Anteil an diesem Obereigentum zu; denn in § 20 I, 8, ALR., der durch die unechte Verweisung des sich noch in Geltung befindenden § 1, I, 18 aufrecht erhalten ist, heißt es ausdrücklich: „Wer Miteigner der Proprietät ist und zugleich das Nutzungsrecht hat, dem wird ein nutzbares Eigentum der Sache beigelegt."[1])

Ferner bestimmt § 3 I, 18: „Das zum Eigentum gehörige Mitbesitzungsrecht des Obereigentümers ruht solange, als der nutzbare Eigentümer des Rechts auf die Sache nicht verlustig geworden ist."

Ferner gebührt dem Fideikommißbesitzer nach § 7 I, 18 und §§ 94—96 I, 9 der Schatz, der an sich nicht zu den Früchten gehört und kraft positiver Gesetzesvorschrift in das freie Eigentum des Fideikommißbesitzers fällt. Ebenso wird man ihm die dem Eigentümer heute nach § 903 ff BGB. gebührenden Rechte zusprechen können: dazu kommt die vorteilhafte Eintragung im Grundbuch, die ihm nach heutigem Rechte in Abteilung 1 zusteht. Alles dies bewirkt eine sehr freie Stellung des nutzbaren Eigentümers, der als solcher bedeutend freier gestellt ist als der Nießbraucher,[2]) und es ist nicht eine so große Absurdität, wenn der gesetzliche Vertreter ihn aus einem unbeschränkten Eigentümer zum ersten Fideikommißbesitzer soll machen dürfen. Anders freilich, wenn der Vertreter, ihm das Eigentum endgiltig entzieht, indem er eine andere Person zum Fideikommiß-

[1]) Vollständig durchgeführt findet sich dieser Gedanke im preussischen Lehnrechte, da der Vasall Miteigentümer der Proprietät und Alleineigner des Nutzungsrechtes ist (vgl. Koch: Komm. z. ALR Note 28 zu I, 8). Für Familienfideikommisse hat ihn am schärfsten ausgeprägt das österr. BGB. in § 629. „Das Eigentum des Fideikommißvermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideikommißinhaber geteilt. Jenen kommt das Obereigentum allein, diesem aber auch das Nutzungseigentum zu." Vgl. dazu die Begriffsbestimmung des Nutzungseigentums in § 357, wo diesem ausdrücklich ein Recht auf die Nutzungen und die Substanz zugesprochen wird.

[2]) Vgl. auch Rehbein in Ob. Tr. Bd. IV, S. 682 ff. Noch viel weniger würden natürlich die Bedenken Walters für das gemeine Recht und diejenigen Partikularrechte passen, die den Fideikommißbesitzer als wahren Eigentümer behandeln, ihn also nicht einmal zum nutzbaren Eigentümer herabdrücken.

inhaber stempelt. Alsdann aber läßt sich eine Analogie zur Schenkung konstruieren, und diese weitgehende Befugnis steht dem Vormund allerdings nicht zu.

Daß trotz alledem die Gründung eines Fideikommisses einen für den Mündel äußerst bedeutsamen Akt darstellt, kann nicht geleugnet werden, und man wird daher nach gewissen Kautelen suchen müssen, die den gesetzlichen Vertreter von einer allzu leichtsinnigen Errichtung zurückhalten. Eine solche Schutzmaßregel für den Mündel ist einmal darin gegeben, daß der Vormund sich unter Umständen nach § 1833 BGB. schadenersatzpflichtig machen kann. Diese Vorschrift hat aber nur gegenüber dem Mündel Bedeutung; eine trotzdem vorgenommene Errichtung bleibt voll wirksam. Überdies fehlt dieser Schutz beim Vater, da dieser gemäß § 1664 BGB. nur für diligentia quam suis haftet. Um nun aber eine solche leichtsinnige Vermögensverwaltung überhaupt verhindern zu können, hat das Gesetz einen anderen Ausweg gefunden, indem es im Anschluß an das frühere Recht gewisse Akt von der Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts abhängig macht, die über die Grenzen einer gewöhnlichen Verwaltung hinausgehen. Es wird daher zu untersuchen sein, ob sich die Errichtung eines Familienfideikommisses unter eine dieser einschränkenden Vorschriften bringen läßt.

§ 14.

c) Die Errichtung als Verfügung über das Vermögen im ganzen.

Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in einer Reihe von Fällen, die in den §§ 1821 und 1822 kasuistisch aufgeführt werden, so nach § 1822 Ziff. 1 zu einem „Rechtsgeschäfte, durch das der Mündel zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichtet wird.“ In § 1643 ist auf diese Bestimmung verwiesen und dem Vater somit dieselbe Einschränkung auferlegt. Es ist klar, daß hiermit ein Vertrag gemeint ist, der

den Erfordernissen des § 311 BGB. entspricht,[1]) woraus zugleich hervorgeht, daß unter die Vorschrift des § 1822 Ziff. 1 auch ein Vertrag fällt, der die Verpflichtung zur Übertragung eines Bruchteils enthält. Es ist nun oben (§ 12) auseinandergesetzt worden, daß die Gründung des Fideikommisses selbst stets ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, der Errichtungsakt als solcher würde also keinesfalls durch den genannten Paragraphen gedeckt sein. Es könnten nur in Frage kommen, ob bei einem etwa vorher abgeschlossenen Vertrage die bezeichnete Form zu beobachten ist, und diese Frage werden wir, sofern, der Stifter nicht der erste Fideikommißbesitzer ist, bejahen müssen.[2]) Handelt es sich doch hier in der Tat um die Übertragung oder dingliche Belastung entweder des gesamten Vermögens, oder doch wenigstens eines Bruchteils. Allerdings müßte man auch hierbei daran festhalten, daß dann eigentlich nicht die Gründung des Fideikommisses es ist, die durch die Vorschrift des § 1822 Ziff. 1 getroffen wird, sondern die darin zugleich liegende Übertragung an den ersten Fideikommißbesitzer, und ferner ist zu berücksichtigen, daß nicht der Errichtungsakt der Genehmigung bedarf, sondern der Vertrag, durch den sich der Stifter zu demselben verpflichtet.

Damit kommen wir aber von selbst auf die weitere Frage: wie liegt die Sache, wenn ein derartiger Vertrag überhaupt nicht geschlossen ist, der Stifter sich vielmehr aus eigener Initiative entschließt, ein Familienfideikommiß zu Gunsten seiner eigenen Familie zu errichten und sich entweder selbst zum ersten Fideikommißbesitzer einsetzt oder aber bestimmt, daß die Stiftung erst mit seinem Tode in Wirksamkeit treten soll? (Ein derartiges, unter einer Zeitbestimmung abgegebenes Rechtsgeschäft läßt sich sehr wohl denken und ist mit der Natur des Fideikommisses

[1]) Fuchs: Bem. 1 zu § 1822[1] (S. 201).

[2]) Fernere Voraussetzung würde sein, daß der Vertrag entgeltlich abgeschlossen wird, denn anderenfalls würde ja eine Analogie zur Schenkung vorliegen und der Vertrag nach §§ 1804, 134 BGB. nichtig sein.

durchaus nicht unvereinbar, vgl. Ramdohr a. a. O. S. 274, 275). In diesem Falle muß zwischen Grundstücks- und Geldfideikommissen unterschieden werden.

§ 15.

d) Die Errichtung als Verfügung über Grundstücke.

§ 1821 Ziff. 1 BGB. bestimmt: „Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstücke", und § 1643 überträgt diese Vorschrift auf das Elternrecht.

Es ist daher zu untersuchen, was nach § 1821 unter einer „Verfügung über ein Grundstück" zu verstehen ist. Die Verfügungen sind in ihren Wirkungen auf eine Sache oder ein Recht unmittelbar gerichtet. Die wichtigste Art der Verfügung ist die Veräußerung, d. h. „die Aufgabe eines Rechts zum Zwecke der Übertragung auf einen anderen".[1]) Bereits in dieser Definition liegt, daß die Veräußerung ein dinglicher Vertrag ist, also zwei Parteien voraussetzt, zwischen denen der Vertrag geschlossen wird, und wir kommen damit wieder auf die oben ausgeführte Behauptung, daß ein solcher dinglicher Vertrag mangels eines Vertragsgegners und wegen der streng einseitigen Natur des Errichtungsaktes sich nicht konstruieren läßt. Der Ausdruck „Verfügung" aber ist weiter, denn er umfaßt außer der Veräußerung auch die Belastung und Beschränkung des Eigentums. Der § 42 der preußischen VO. stellte ausdrücklich in Nr. 5 die Veräußerung und Belastung unbeweglicher Sachen neben einander, und in demselben Sinne ist § 1821 Ziff. 1 zu verstehen, der den weiteren Ausdruck „Verfügung" gebraucht. Es ist nun zu untersuchen, ob man in der Errichtung eines Fideikommisses eine Belastung sehen kann.

Mit dem Inkrafttreten erwirbt nach preußischem Recht die Familie das Obereigentum, der erste Fideikommißbesitzer

[1]) Staudinger Bd. I Vorbem. VIII B zum 3. Abschnitt.

verliert einen Teil seiner Befugnisse. Aber er bleibt Eigentümer, und schon aus diesem Grunde kann man, wenn man von einem dinglichen Vertrage selbst absehen wollte, von einer Veräußerung nicht sprechen.[1]) Wohl aber wird man von einer Belastung reden dürfen. Denn die Kehrseite des Obereigentums bildet das dem nutzbaren Eigentümer auferlegte Veräußerungsverbot. Dieses Veräußerungsverbot braucht, wie das Reichsgericht für das gemeine Recht wiederholt entschieden hat, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein,[2]) vielmehr genügt es, wenn sich die Anordnung der Unveräußerlichkeit aus dem Sinne der Stiftungsurkunde ergibt. Darin aber liegt, daß auch nach gemeinem Recht das Veräußerungsverbot als von selbst mit der Errichtung des Fideikommisses eintretend angesehen wurde, also wohl als ein „gesetzliches" bezeichnet werden kann. In den Vorarbeiten zum BGB. wurde darüber gestritten, ob es sich um ein solches oder ein rechtsgeschäftliches handle. In den Motiven (Bd. III S. 218) und Protokollen (Bd. I S. 125) wurde die letztere Ansicht vertreten. Man mußte dann aber eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 796 des Entwurfs (des heutigen § 137) schaffen, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden könne, was auch tatsächlich im § 796 durch den Zusatz „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt" geschah. Es wurde darauf hingewiesen, daß das

---

[1]) Walter tut dies, selbst wenn das Fideikommiß zu Gunsten der eigenen Familie gegründet wird, m. E. jedoch mit Unrecht. Man könnte höchstens, wenn man von einem Vertrage absieht, eine Veräußerung des Obereigentums annehmen; aber auch das ist bedenklich, da der nutzbare Eigentümer nach § 1 I, 18 Miteigner der Proprietät ist.

Selbstverständlich kann für das gemeine Recht und diejenigen Partikularrechte, welche das Obereigentum nicht kennen, eine „Veräußerung" noch viel weniger in Frage kommen; hier ist es von vornherein klar, daß es sich nur um eine „Belastung" handeln kann.

[2]) Vgl. RG. Bd. 28 S. 207, Bd. 39 S. 176, 181 ff, 265. Seuff. Arch. Bd. 36 (N. F. Bd. VI) S. 194, ferner Stobbe-Lehmann: Dtsch. Pr. R. Bd. II, Teil 2 S. 529 ff; Roth: Dtsch. Pr. R. Bd. III S. 758. Lewis S. 95 ff, 222.

Gesetz, welches allerdings das Veräußerungsverbot statuiere, die Beschränkung an das Vorhandensein eines gewissen Rechtsverhältnisses knüpfe, dieses aber beruhe auf Rechtsgeschäft. Nun war eine solche Verfügungsbeschränkung durch Rechtsgeschäft zwar nach §§ 15 ff. I, 4 ALR. möglich, dem heutigen Recht aber ist sie fremd, und der § 137 BGB. hat eine derartige Ausnahme „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt" nicht aufgenommen.[1]) Daher wird man nach BGB. (dieses ist in der ganzen Lehre an die Stelle des ALR. getreten) von einem „gesetzlichen Veräußerungsverbot" reden müssen.

Um nun die Natur des Rechtes zu erkennen, das ein derartiges Veräußerungsverbot für die Familie, d. i. die Gesamtheit der Anwärter, schafft, müssen wir uns über die Eintragung im Grundbuch orientieren. Wenn nämlich das Veräußerungsverbot Dritten gegenüber Wirkung haben soll, muß es im Grundbuch eingetragen werden, da anderenfalls gemäß Art. 61 EGBGB. ein Erwerb im guten Glauben durch einen Nichtberechtigten möglich wäre. — Die preußische Hypothekenordnung bestimmte in § 50, daß die Eintragung der Fideikommißeigenschaft als einer Realverbindlichkeit, „wodurch die Befugnis des Besitzers, mit dem Grundstück zu disponieren, auf eine oder die andere Art eingeschränkt wird" in der zweiten Rubrik zu erfolgen habe. Nach Anweisung der Reskripte vom 31. März, 31. Mai und 3. Oktober 1823 aber sollte die Lehn- und Fideikommiß-Eigenschaft nicht in Rubrik II, sondern beim Besitztitel also in Rubrik I erfolgen.[2]) Nachdem jedoch das Ober-Tribunal für die Lehneigenschaft die Eintragung in Rubrik I und II entschieden hatte[3]), ging man auch für das Fideikommiß zu einer solchen Eintragungsweise über, und die

[1]) Dies ist auch die heute durchaus herrschende Ansicht. Vgl. Staudinger: Anm. 9 zu § 135. Planck: Bd. III, Vorbem. VI, 3a zum 2. Abschn. Achilles-Strecker: Einl. II (S. 24, 25) Ramdohr: S. 380, 381, aber auch schon E. G. S. R. Entw. (Vorl. des Red.) S. 213. „Der Eigentümer ist in seiner Verfügung gesetzlich beengt".

[2]) Vgl. Turnau: GBO. S. 294.

[3]) Simon u. Strampff: Rechtsspr. Bd. I S. 223 ff.

GBO. vom 5. Mai 1872 ordnete, wie aus den §§ 52, 74, 18 gefolgert wird, die Eintragung in der zweiten Abteilung an.[1]) Nach heutigem Recht endlich erfolgt in Abt. 1 die Eintragung des Eigentümers mit einem die Fideikommißeigenschaft andeutenden Zusatze (Art. 15 pr. AG GBO.), in Abt. 2 aber werden die Rechte der Anwärter verzeichnet (Allgem. Verfüg. zur Ausführung der GBO. vom 20. November 1899, § 11 Nr. 2). In dieser zweiten Abteilung werden aber im übrigen Belastungen und Beschränkungen eingetragen, und aus dieser Gleichstellung ergibt sich, daß die Verfügungsbeschränkung, welche die Folge des Obereigentums der Familie ist, eine ebensolche Belastung der Grundstücke darstellt wie etwa ein Vorverkaufsrecht u. a. Ebenso steht es in den übrigen Partikularrechten. Genau so wie in Preußen liegt die Sache in Baden und in Mecklenburg. Auch hier wird der Inhaber des Gutes als Eigentümer in Abt. I und die Beschränkung des Verfügungsrechts in Abt. II, verzeichnet (Baden: § 27 Abs. 1 und 2 GB AG., Mecklenburg: AV BGB. § 148 bezw. § 145, Anord. z. GBO. Nr. 21 Abs. 1, Nr. 61); andererseits werden auch hier in dieser Abteilung die Lasten eingetragen (Baden: § 3 AG ZVG. und ZPO., Mecklenburg: Anordn. z. GBO. Nr. 21 Abs. 2, Nr. 62). Die übrigen Partikularrechte schreiben entweder die Eintragung in Abt. II vor (so z. B. Bremen: AG GBO. § 20) oder bezeichnen die Fideikommißeigenschaft als Verfügungsbebeschränkung und stellen sie somit der Belastung gleich, (so z. B. Braunschweig: AG GBO. § 18; Anhalt: AG GBO. Art. 13; Waldeck: AG GBO. Art. 15; Sachsen-Altenburg: AG GBO § 14; Sachsen-Coburg-Gotha: AG GBO. Art. 12; Sachsen-Meiningen: AG GBO. Art. 17.) Im Königreich Sachsen und im Fürstentum Reuß ä. L. wird zwar die Eigenschaft eines Gutes als Familienanwartschaft in Abt. I eingetragen (§ 44 bezw. 36 AV GBO.), während im übrigen Verfügungsbeschränkungen betreffs des Eigentums in Abt. II gehören (§ 71 bezw. 58 AV GBO.), andererseits wird aber gerade in den genannten §§ ausgesprochen, daß eine Ver-

[1]) Turnau: GBO. I. Bd. S. 294.

fügungsbeschränkung vorliegt. Für Hessen endlich bestimmt Art. 103 AG BGB., daß die Eintragung der Anwärter überhaupt nicht nötig ist; andererseits spricht er jedoch direkt aus, daß durch das Fideikommißverhältnis das Eigentum beschränkt oder belastet wird. Diese Belastung, die allerdings — wie oben ausgeführt — ein gesetzliches Veräußerungsverbot ist, wird in Lauf gesetzt durch das Rechtsgeschäft des Stifters (insofern enthält die Ansicht der Motive und Protokolle, die ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot konstruieren wollen, einen richtigen Gedanken). Daß unter „Verfügung" aber nicht nur die Belastung, sondern auch die Beschränkung in der Disposition zu verstehen ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Einmal würde es ein Widerspruch in sich sein, wenn man diese Rechtsakte, die beide eine Eintragung in Abt. II des Grundbuchs zur Folge haben, verschieden behandeln wollte. Überdies geht dies aber auch aus anderen gesetzlichen Bestimmungen hervor. — Eine ähnliche Verfügungsbeschränkung hat beispielsweise der Antrag auf Zwangsversteigerung zur Folge (vgl. § 19 ZVG.).[1]) Dieser Antrag wird zwar in der Regel von einem Gläubiger des Grundstückseigentümers gestellt; in besonderen Fällen aber, (z. B. wenn die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft erfolgen soll), kann ihn dieser auch selbst stellen (vgl. §§ 180, 181 ZVG.). Für diesen Fall bestimmt § 181 a. a. O. — gerade im Hinblick auf § 1821 BGB. (vgl. Turnau-Förster Bd. II S. 592), daß der Vormund eines Miteigentümers zur Stellung des Antrags der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Diese Bestimmung beweist klar, daß auch der Erlaß eines Veräußerungsverbotes unter den Begriff der „Verfügung" im Sinne des § 1821 BGB. fällt. Gleichzeitig wird damit die Behauptung Guttmanns, dieser Erlaß eines Veräußerungsverbotes falle nicht unter die

[1]) Die Verfügungsbeschränkung bei der Zwangsversteigerung wirkt zwar nur zu Gunsten der betreibenden Gläubiger; allein auch die Errichtung eines Fideikommisses hat nur ein relatives Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. zur Folge (vgl. Ramdohr S. 383, Guttmann S. 34, 35).

vormundschaftliche Tätigkeit (a. a. O. S. 50) hinfällig.

Die praktische Folge ist jedenfalls, daß sowohl der Vater wie auch der Vormund, wenn das Fideikommiß aus einem Grundstück errichtet werden soll, zu dem Stiftungsakt der gerichtlichen Genehmigung bedürfen.

§ 16.

e) Die Errichtung als Verfügung über Wertpapiere (Kapitalfideikommisse).

Liegt der Fall des § 1822 BGB. vor, so bedarf der Vormund der Genehmigung des Gerichts, gleichgültig, ob den Gegenstand des Fideikommisses ein Grundstück oder ein Kapital bildet, da in dem Ausdruck „Vermögen" beides enthalten ist. Es ist dann ferner auseinandergesetzt worden, daß der Vormund zur Errichtung eines Fideikommisses, wenn er dieselbe ohne vorherigen oder gleichzeitigen obligatorischen Vertrag vornimmt, nach § 1821 Ziff. 1 an die Genehmigung des Gerichts gebunden ist, sofern Gegenstand des Fideikommisses ein Grundstück bilden soll. Es fehlt nun noch eine entsprechende Einschränkung der vormundschaftlichen Befugnisse für Kapitalien, die ja nach § 23 II, 4 ALR. ebenfalls als Objekt von Familienfideikommissen in Betracht kommen können. Zwar ist die moderne Rechtsentwickelung diesen sogen. Geldfideikommissen nicht eben günstig, und der Entwurf läßt sie in § 6 nur neben landwirtschaftlichen Objekten, d. h. nicht für sich allein, zu. Im Gegensatze hierzu gestattete das gemeine Recht sogar Fideikommisse aus anderen Mobilien. Indes hat von jeher das Bestreben bestanden, nur solche Mobilien als taugliches Objekt zu betrachten, die eine gewisse Dauerhaftigkeit besäßen, und schon Knipschildt läßt sie nur dann zu, si pecunia ea lege data, ut in emptionem annuorum redituum vel praediorum alienarumque rerum immobilium convertatur,[1]) und diese dingliche Sicherung fordert auch das sächs.-weimar. Gesetz vom 22. April 1833.[2]) — Das ALR. scheidet

[1]) Vgl. Knipschildt a. a. O. cap. V, n. 99; Lewis S. 51, Note 15.

[2]) Lewis S. 48 Note 2 u. S. 53 Note 27.

wie Ramdohr ausführt, zwischen barem und Kapitalsvermögen[1]) und rechnet zu letzterem „die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten, Pfandbriefe, Aktien usw.“ Es ist daher anzunehmen, daß als Gegenstand eines Familienfideikommisses nach preußischem Recht nicht Geld als solches, sondern nur Wertpapiere in Betracht kommen. Das ALR. spricht zwar (so z. B. in § 59 II, 4) von „Geldfideikommissen“, aber in den §§ 23 und 48, also gerade bei der Begriffsbestimmung der Fideikommisse, gebraucht es den Ausdruck „Kapitalien“ und will damit offenbar jenes oben definierte „Kapitalsvermögen“ bezeichnen. — Nun ist in § 1812 eine Einschränkung der vormundschaftlichen Befugnisse insofern gegeben, als der Vormund über eine Forderung des Mündels sowie über ein Wertpapier desselben nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen darf. Merkwürdig ist übrigens daß der § 41 Ziff. 2 VO., der dem heutigen § 1812 BGB. entspricht, den Ausdruck „Kapitalien“ gebrauchte, also denselben Ausdruck, welchen das ALR. für das Geldfideikommiß verwendet. Allerdings hat man ihn im § 1812 vermieden, weil er an einer gewissen, die Sicherheit des Verkehrs gefährdenden Unsicherheit leidet.[2]) M. E. geht aber gerade daraus, daß man zum Ersatz die Fassung des § 1812 gewählt hat, hervor, dass er sich sehr wohl auf die sogen. Geldfideikommisse anwenden läßt — Nun braucht aber nicht immer ein Gegenvormund bestellt zu sein; für diesen Fall bestimmt § 1812 Abs. 3, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Daß es sich bei dieser Errichtung eines Fideikommisses um eine Verfügung handelt, kann einem Zweifel nicht unterliegen.[3]) Ja, hier wirkt die Verfügung insofern noch stärker, als der Fideikommißbesitzer beim Geldfideikommiß nach § 126 II, 4 ALR. zum bloßen Nießbraucher herabsinkt. — So sehen wir, daß für das Geldfideikommiß, sofern es sich um eine

[1]) Ramdohr S. 258. Vgl. auch Förster-Eccius Bd. IV, § 242, Ziff. I: „Allein da auch Kapitalien, d. h. Kapitalsforderungen Gegenstand eines Familienfideikommisses sein können“ . . . .

[2]) Vgl. Fuchs: Bem. 2a α zu § 1812.

[3]) Vgl. Ramdohr S. 380, Guttmann S. 34.

Errichtung durch den Vormund handelt, der § 1812 ganz analog zum § 1821 Ziff. 1 für das Grundstücksfideikommiß steht.

Wie nun aber, wenn der Vater das Fideikommiß errichtet? Wir haben gesehen, daß in den Fällen, in denen nach §§ 1821, 1822 der Vormund der gerichtlichen Genehmigung bedarf, auch der Vater diese nach § 1643 braucht. Anders dagegen im vorliegenden Falle:[1]) der § 1812 ist im § 1643 nicht erwähnt, wie überhaupt der Kreis der genehmigungsbedürftigen Geschäfte gegenüber dem Vormundschaftsrecht erheblich eingeschränkt ist. Diese Gestaltung findet ihren Grund in dem „natürlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kindern" (vgl. Mot. Bd. IV. S. 764, 765), das eine ausreichende Gewähr für die Gewissenhaftigkeit des Vaters bietet.

Dies ist somit der einzige Fall, in dem der gesetzliche Vertreter das Fideikommiß völlig frei errichten darf. Daß damit eine geringe Disharmonie in die Beantwortung der Frage gebracht wird, läßt sich nicht leugnen, und diese kann auch durch eine etwaige analoge Anwendung des § 1812 nicht beseitigt werden; denn hier ist ein Analogieschluß überhaupt nicht zulässig. Zwar bin ich nicht der Ansicht, daß sich Ausnahmebestimmungen — und das sind sowohl § 1643 als auch § 1812 — der Analogie entziehen, wenn man auch hier sehr vorsichtig wird zu Werke gehen müssen, (vgl. oben S. 37 Note 3); hier würde aber eine analoge Anwendung in direktem Widerspruch zum Gesetze stehen, das gerade dadurch, daß es den § 1812 im § 1643 nicht erwähnt, die Befreiung des Vaters von der gerichtlichen

---

[1]) Guttmann führt die Ungleichmäßigkeit des Ergebnisses, wenn man dem Vormunde die Errichtung überhaupt gestattet, mit als Grund dafür an, daß eine solche Errichtung gar nicht zulässig sei (a. a. O. S. 52 ff). Demgegenüber muß bemerkt werden, daß eine derartige Disharmonie natürlich für das Ergebnis einer juristischen Untersuchung nicht maßgebend sein kann. Außerdem tritt diese Ungleichmäßigkeit bei der Frage, ob der Vormund die Handlung vornehmen darf — und sie allein behandelt G. — überhaupt nicht auf.

Genehmigung aussprechen will (vgl. auch Planck Anm. III, zu § 1643.)

Übrigens spielt die Frage der Geldfideikommisse überhaupt eine ziemlich untergeordnete Rolle, da sie als reine Kapitalfideikommisse nur selten vorkommen und in den meisten Staaten überhaupt verboten sind. Sobald aber das Fideikommiß aus Grundstücken und Kapitalien errichtet wird, tritt sofort wieder die stärkere Bestimmung des § 1821 in Kraft, und der Errichtungsakt ist dann genehmigungsbedürftig.[1])

Jedenfalls kommen wir zu dem Ergebnis, daß der gesetzliche Vertreter als solcher für den Mündel ein Familienfideikommiß errichten darf; allerdings ist beim Vormunde hierzu in jedem Falle, mag es sich um ein Grundstück- oder ein Geldfideikommiß handeln, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, die natürlich zu versagen sein wird, wenn die Gründung den Mündel benachteiligt, dagegen erteilt werden muß, wenn es die Verhältnisse, insbesondere das wirtschaftliche Interesse, erfordern.

Dadurch, daß der Vormund an die Genehmigung des Gerichts gebunden ist, dürfte einer Gefährdung des Mündels vorgebeugt sein.

Handelt es sich um ein Grundstücksfideikommiß, so braucht der Vater die Genehmigung ebenfalls; dagegen kann er ein Geldfideikommiß ohne Genehmigung errichten.

2. Zulässigkeit der Vertretung bei Errichtung eines Familienfideikommisses überhaupt (die Errichtung als höchstpersönlicher Akt)

§ 17.

a) Allgemeines.

I. Wir haben bisher die Frage, ob der Vater bezw. der Vormund berechtigt ist, aus dem Vermögen seines Mündels

[1]) Vgl. Planck a. a. O. Anm. III, zu § 1643: „Enthält ein Rechtsgeschäft des Vaters, zu dem er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, ein anderes, zu dem er der Genehmigung nicht bedarf,

ein Familienfideikommiß durch negotium inter vivos[1]) zu errichten, lediglich vom Gesichtspunkte der Befugnisse des Gewalthabers und Vormundes aus betrachtet. Wir gingen dabei von dessen Stellung aus, die ihm grundsätzlich eine unbeschränkte Verfügungs- und darum auch eine ebensolche Vertretungsmacht einräumt und diese nur durch gesetzlich genau vorgezeichnete Schranken einengt. Grundlage der Betrachtung bildete also das Recht zur Errichtung eines Fideikommisses als Vermögensrecht. Alle Vermögensrechte haben das gemeinsam, daß in ihnen das sachliche Element hervortritt, bei den absoluten Rechten in stärkerem, bei den relativen in geringerem Maße.[2]) Im Gegensatze dazu stehen die Rechte, welche „die Persönlichkeit, das Sein des Menschen" charakterisieren.[3]) Solche Rechte waren nach ALR. § 99 Einleitung (kraft eines argumentum e contrario) nicht übertragbar und sind es auch heute nicht; aber weder das früherere noch das heutige Recht hat eine allgemeine Bestimmung darüber gegeben, welche Rechte zu den iura personalissima gehören.[4]) Diese Rechte können, da sie an der Person als solcher haften, ihrer höchstpersönlichen Natur zufolge auch nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden, und dieser Gesichtspunkt ist für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung, da es sich auch hier um die Ausübung eines Rechts durch einen Vertreter handelt, der allerdings als „gesetzlicher Vertreter" noch eine besonders eigenartige Stellung einnimmt. Wir dürfen daher nicht nur fragen: kann der Vater, bezw. Vormund ein Fideikommiß für den Mündel errichten, sondern auch: ist überhaupt die Errichtung durch einen Vertreter zulässig? Sollte dies verneint werden, so muß es auch für die ganze Frage geschehen, und eine Errichtung durch den Vormund wäre dann zwar nicht deshalb un-

so wird damit auch dieses Rechtsgeschäft seinem ganzen Inhalte nach genehmigungsbedürftig."

[1]) Die Frage nach der Errichtung durch Rechtsgeschäft von Todes wegen ist schon früher behandelt worden (§ 8).

[2]) Vgl. Walter a. a O. S. 50.

[3]) Vgl. Koch: Komm. z. ALR. Bd. I, Anm. 35 zur Einleitung (S. 74).

[4]) Vgl. Koch: Komm. Anm. 31 zu § 99, Einleitung (S. 73/4).

zulässig, weil sie sich mit der speziellen Stellung des Vaters bezw. Vormunds nicht verträgt, wohl aber deswegen, weil sie mit der allgemeinen Stellung eines Vertreters nicht im Einklang steht.

II. Das moderne Recht erkennt grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften die Zulässigkeit der Stellvertretung an, da der heutige Verkehr ihrer notwendig bedarf.[1]) Sollte eine Vertretung bei der Errichtung eines Fideikommisses trotzdem nicht zulässig sein, so würde dies besonders hart in folgenden zwei Fällen wirken:

1) Es handelt sich um eine Vormundschaft über Volljährige. Der Bevormundete hat, solange er noch voll geschäftsfähig war, sich jemandem anderen gegenüber verpflichtet, ein Familienfideikommiß zu errichten. Nun bekommt er einen Vormund und kann seiner Verpflichtung nicht nachkommen.

2) Es hat sich jemand verpflichtet, ein Fideikommiß zu errichten. Er stirbt und hinterläßt als Erben einen minderjährigen Sohn; hier befindet sich der Gläubiger in derselben Schwierigkeit.

Soll in beiden Fällen der Vormund nicht berechtigt sein, den Mündel zu vertreten? Nur um die Zulässigkeit der Stellvertretung würde es sich bei dieser Frage handeln; denn vom Standpunkte der Vermögensverwaltung aus würde die Sache keine Schwierigkeiten bieten. Zwar würde es sich hier scheinbar um eine unentgeltliche Zuwendung handeln, auf die §§ 1641, 1804 nach den obigen Ausführungen analog anzuwenden wären (wenigstens, falls der Stifter nicht erster Fideikommißbesitzer wird und den Akt ohne Gegenleistung vornimmt); in Wirklichkeit aber besteht die Zuwendung hier garnicht in der Gründung selbst, sondern in dem obligatorischen Vertrage, und die Stiftung ist nur dessen Erfüllung. Die Zuwendung hätte mithin nicht der Vormund aus dem Vermögen des Mündels, sondern dieser selbst, als er noch nicht Mündel war, aus seinem eigenen Vermögen bezw. der Erblasser vor-

[1]) Vgl. Mot. Bd. I, S. 223. Staudinger a. a. O. Bem. I zu § 164.

genommen, und dem Vormund fiele nur die Aufgabe zu, die Verpflichtung zu erfüllen, welcher der Mündel wegen seiner mangelhaften Geschäftsfähigkeit nicht nachkommen kann. Von diesem Standpunkte aus wäre also gegen die Handlung des Vormunds nichts einzuwenden. Selbstverständlich dürfte er sie trotzdem nicht vornehmen, wenn die Gründung nur durch den Stifter selbst geschehen könnte. — Nun würde allerdings die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO. zu erfolgen haben, da eine Handlung in Frage steht, die durch einen „Dritten" nicht vorgenommen werden kann. Aus dieser sogen. Unvertretbarkeit folgt aber nicht etwa, daß auch ein gesetzlicher Vertreter sie nicht bewirken könne; denn dieser ist nur ein „alter ego des Vertretenen",[1]) mithin auch „für die Vollstreckung kein Dritter".[2]) Aus diesem prozessualen Gesichtspunkte heraus würde also nicht etwa die Unzulässigkeit der Stellvertretung folgen; vielmehr wird man bei Untersuchung dieser Frage vom materiellen Rechte ausgehen müssen, und hier ist, wie bereits bemerkt, die Zulässigkeit der Vertretung grundsätzlich überall anerkannt. Zwar hatte der Entwurf I in § 115 die Vorschrift aufgenommen, daß Rechtsgeschäfte durch einen Vertreter vorgenommen werden könnten, „sofern nicht die Natur des Rechtsgeschäfts oder das Gesetz entgegensteht". Man wollte durch diese allgemeine Vorschrift besonders familien- und erbrechtliche Willenserklärungen treffen; der Satz hat jedoch im BGB. selbst keine Aufnahme gefunden. Das darin ausgesprochene Prinzip gilt freilich, wie Staudinger hervorhebt,[3]) auch für die jetzige Gesetzeslage, trotzdem wird man bei seiner Anwendung sehr vorsichtig zu Werke gehen müssen, inbesondere wenn es sich um die Erforschung der allgemeinen Natur des

---

[1]) Vgl. Dernburg: Bürg. R. Bd. I, § 162 Ziff. I.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein § 887 Ziff. II, 2, ebenso Schultzenstein i. d. Ztschr. f. dtsch. Ziv. Pr. Bd. 35 S. 489, der übrigens auch darauf hinweist, daß man statt des Wortes „Dritter" in §§ 887, 888 besser das Wort „anderer" gebrauchen würde.

[3]) Staudinger a. a. O. Bd. I, Vorbem.7 zum 5. Tit. d. 3. Abschn.

Rechtsgeschäfts handelt.[1])

Walter versucht in seiner Abhandlung nun aus dieser allgemeinen Natur zu beweisen, daß die Errichtung eines Fideikommisses durch einen Vertreter nicht zulässig sei. Trotzdem vergleicht er im Laufe der Darstellung dieselbe doch wieder mit konkreten Fällen, bei denen das Gesetz ausdrücklich die Zulässigkeit der Vertretung ausgeschlossen hat. In der Tat ist es sehr schwierig, eine praktisch brauchbare Begriffsbestimmung der höchstpersönlichen Rechte in der Weise zu geben, daß etwa alle so und so beschaffenen Rechte nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden können. Es ist wahr: sie alle haben das gemeinsam, daß bei ihnen das persönliche Element das Entscheidende ist. Das ist aber nur ein Charakteristikum; im übrigen sind die Rechte, bei welchen die Gesetze eine Stellvertretung ausschließen, zu verschiedenartig, als daß sie sich unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt bringen ließen. Dazu kommt, daß die Anschauung im Laufe der Zeiten hier mannigfaltig wechselt, wie denn unser modernes Recht die Stellvertretung in viel weiterem Maße zuläßt als das frühere. — Die modernen Gesetzbücher geben daher keine allgemeinen Regeln über die Unzulässigkeit der Stellvertretung, sondern zählen die einzelnen Fälle auf. Man wird sie daher nur dann ausschließen können, wenn der konkrete Fall sich ohne weiteres unter diese Regeln bringen läßt. Daher sind auch die Bemühungen Guttmanns, die höchstpersönliche Natur des Stiftungsgeschäfts und infolgedessen auch die Unzulässigkeit der Stellvertretung nachzuweisen (vgl. G. a. a. O. S. 35, 39, 50) vergeblich. Man wird aus den von ihm angegebenen Gründen vielleicht de lege ferenda die Unzulässigkeit der Stellvertretung befürworten können; nach dem gegenwärtig geltenden Rechtszustande läßt sie sich aus derartig allgemeinen Erwägungen nicht herleiten.

[1]) Übrigens kommt es bei diesem Prinzip viel weniger auf den Nebensatz „sofern nicht .... entgegensteht", als auf den Hauptsatz an, und dieser spricht gerade die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung aus. Das geht zur Genüge aus den Gründen hervor, mit denen die 2. Kommission die Streichung des Satzes rechtfertigte (vgl. Protokolle Bd. I S. 135, vgl. auch Breit im Zentralblatt S. 394).

Und selbst wenn man Analogie zulassen wollte, so müßte der Einzelfall mit einem im Gesetze angegebenen Tatbestande sehr große Ähnlichkeit besitzen, wobei noch zu beachten ist, daß diese „höchstpersönlichen Rechte" meist auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts liegen und hier Analogieschlüsse nur mit größter Vorsicht zu verwerten sind.[1])

§ 18.

b) Die Errichtung als Stiftungsgeschäft.

Bereits früher wurde darauf hingewiesen, daß die Gründung eines Fideikommisses gewisse Ähnlichkeiten mit der Errichtung einer Stiftung hat. Zwar unterscheidet sich das Familienfideikommiß sehr wesentlich von der Familienstiftung, die hier besonders zum Vergleiche herangezogen werden könnte. Die Familienstiftung ist selbst die juristische Person, ihr selbst gehört das Vermögen, die Personen, welche Vorteil aus der Stiftung ziehen sollen, haben ihr gegenüber nur ein persönliches Recht, sind ihre Gläubiger; das Familienfideikommiß dagegen ist nicht selbst die juristische Person, vielmehr sind die Berufenen die succesiven Eigentümer des Vermögens.[2]) In Preußen, wo im allgemeinen dieselbe Ansicht herrschte, wurde zwar die juristische

[1]) Die Frage, ob ein Vormund für seinen Mündel ein Fideikommiß errichten kann, wird — ausser von Walter und Guttmann — überhaupt nur von einigen Schriftstellern kurz berührt, hier aber ebenfalls wohl eher unter dem Gesichtspunkt einer Zulässigkeit der Vertretung als der spezifisch vormundschaftlichen Tätigkeit behandelt. Gründe geben sie entweder überhaupt nicht oder nur oberflächlich an. Gegen die Zulässigkeit sprechen sich aus: Dernburg: Pr. Pr. Bd. I, § 375 Note 2, Bürg. R. Bd. III, § 127 Note 2, der auch eine Errichtung durch den Minderjährigen selbst mit Genehmigung des Vormunds nicht zulassen will; ferner Crome Bd. III § 448 Note 21, der letzteres zwar für zulässig erachtet, aber behauptet, daß die Errichtung durch einen Vertreter nicht erfolgen soll. Andererseits Lewis a. a. O. S. 37: „Heutzutage werden in solchem Falle gewöhnlich die Vormünder selbst das Geschäft vornehmen" sowie Ramdohr a. a. O. S. 273.

[2]) Dies schon die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts. Vgl. Gerber in Iher. Jahrb. Bd. II S. 358; Pfeiffer a. a. O. S. 129.

Persönlichkeit der Stiftung von Hinschius lebhaft bestritten.[1]) Nach heutigem Recht steht sie jedoch zweifellos fest, da gemäß Art. 1 ff AGBGB. heute auf Familienstiftungen die Vorschriften über „Stiftungen" Anwendung finden. Trotz dieser Verschiedenheiten hat die Errichtung eines Fideikommisses mit dem Stiftungsgeschäft gewisse Ähnlichkeiten,[2]) und man kann sehr wohl die Frage, ob eine Stiftung durch einen Vertreter errichtet werden kann, auf das Fideikommiß anwenden. Dies heben auch ausdrücklich Crome und Ramdohr hervor.[3]) Bei der Errichtung einer Stiftung erklärt allerdings Dernburg eine Vertretung für unzulässig.[4]) Er scheint dies aus der in § 81 Abs. 1 geforderten Schriftform zu schließen. Denn nach § 126 muß, wenn durch das Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Urkunde vom Aussteller eigenhändig unterzeichnet werden. Was jedoch dieses Wort „eigenhändig" bedeutet, darüber besteht in der Theorie heftiger Streit. Dernburg behauptet, der Vertreter dürfe nicht mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen.[5]) In der Praxis wird aber die Frage jetzt allgemein bejaht, nachdem das Reichsgericht sich im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen hat (vgl. Entsch. Bd. 50 S. 51 ff). Wenn also das Wort „eigenhändig" nicht den Ausschluß der Vertretung bedeutet, so ist dieser damit auch für § 81 nicht bewiesen, aus einem der anderen Paragraphen über die Stiftung jedoch ergibt er sich nicht, und man wird daher eine Stiftung sehr wohl durch einen Vertreter errichten

[1]) Für Preußen: Ob. Tr. Bd. 23 S. 347. Strieth. Arch. Bd. 15 S. 60, Bd. 94 S. 26 Crusen-Müller: AG. Bem. I, 3 zu Art. 1 § 1. Förster-Eccius: Bd. IV, § 242, S. 261. Dagegen Hinschius i. d. Pr. Anw. Ztg. 1866, Sp. 17 ff.

[2]) In einzelnen Ländern ist sogar ausdrücklich bestimmt, daß die Vorschriften des BGB. über Stiftungen auf das Errichtungsgeschäft entsprechende Anwendung finden, so z. B. in Mecklenburg-Schwerin (§ 126 AVBGB.), Mecklenburg-Strelitz (§ 123 AVBGB.), Schwarzburg-Sondershausen (Art. 45 § 1 AGBGB.) usw.

[3]) Crome a. a. O. Bd. III, § 448 Ziff. 2. Ramdohr a. a. O. S. 273.

[4]) Dernburg: Bürg. R. Bd. I, § 92 Note 14, ebenso Staudinger Bd. I Bem. II zu § 80.

[5]) Dernburg: a. a. O. Bd. I, S. 412 ff, auch Bd. II, S. 250.

können.[1]) Damit aber dürfte bewiesen sein, daß sich jedenfalls aus einem Analogieschluß zur Stiftung die Unzulässigkeit der Fideikommißerrichtung durch den Vormund nicht ergibt.[2])

§ 19.

c) Die Errichtung als Verfügung auf den Todesfall.

Um nachzuweisen, daß die Errichtung eines Fideikommisses ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft sei, bringt Walter (S. 32 ff.) dieselbe in Beziehung zur Errichtung eines Testamentes. In der Tat müßte man, wenn sich herausstellt, daß beide Akte Ähnlichkeit haben, alsdann eine Errichtung durch einen Vertreter — gewillkürten oder gesetzlichen — für unzulässig erachten. Denn bei letztwilligen Verfügungen hat, wie bereits früher hervorgehoben, das Recht von jeher die Stellvertretung ausgeschlossen. Diesen, dem bisherigen Rechte entsprechenden Satz hat daher auch das BGB. in den §§ 2064 (für Testamente) und 2274 (für Erbverträge) aufgenommen. Jedenfalls würde, falls sich nachweisen ließe, daß die Gründung eines Fideikommisses in jedem Falle (also auch wenn sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgt) eine letztwillige Verfügung enthält, der Vater bezw. Vormund weder eine solche für den Mündel vornehmen noch als Bote desselben fungieren können.

Walter behauptet nun diesen zuletzt aufgestellten Satz und führt die verschiedensten Gründe dafür an. Zunächst weist er darauf hin, daß jede Errichtung eines Fideikommisses eine bestimmte Sukzessionsordnung enthalten müsse (a. a. O. S. 34). Aber bereits hierüber herrscht Streit. Nicht für unbedingt notwendig halten sie für das preußische Recht

---

[1]) Vgl. von Tuhr a. a. O. S. 599 Note 25.

[2]) Ebenso Guttmann a. a. O. S. 60. — Errichtung der Stiftung durch einen gesetzlichen Vertreter, wird man allerdings mit v. Tuhr in Analogie zu §§ 1641, 1804 BGB. ablehnen müssen (vgl. a. a. O. § 599 Note 25 und S. 602. — Aber bezüglich dieser sind Fid. und Stiftung, wie oben ausgeführt, nicht überall gleich zu behandeln, wohl dagegen hinsichtlich der Zulässigkeit der Stellvertretung überhaupt, und nur um diese handelt es sich an dieser Stelle.

die Herausgeber des Koch'schen Kommentars (Bd. III, Anm. 1 zum 4. Abschn., S. 487), Dernburg (Pr. Pr. S. 962 Note 6), Ober-Tribunal (im Erk. vom 24/28. Juni 1872, s. Strieth. Arch. Bd. 90 S. 4), für das gemeine Recht auch Lewis (S. 356 ff.) und Brunner (Holtzend. Rechtslex. Bd. I S. 795). Sie alle meinen, daß, falls eine derartige Successionsordnung fehle, nach der gewöhnlichen Intestaterbfolge sukzediert werde.[1]) Dagegen stimmen mit der Walterschen Ansicht überein für das gemeine Recht Gerber (Jherings Jahrb. Bd. I S. 88), für das preußische Recht auf Lewis (S. 110), ferner Bornemann (Bd. VI S. 369), Koch selbst in seinem „Erbrecht" (S. 1081), Ramdohr (S. 573/74), Guttmann (S. 41). In der Tat wird man für die Beurteilung nach ALR. eine derartige Sukzessionsordnung fordern müssen; denn das Gesetz setzt sie überall als selbstverständlich voraus, und § 142 II, 4 verordnet ausdrücklich: „Ein künftiger Fideikommißstifter muß also eine solche Sukzessionsordnung bestimmen, nach welcher ein dazu gewidmetes Landgut immer nur einem aus der Familie zu Teil werde". Nach diesem klaren Wortlaut wird man allerdings jedenfalls für das preußische Recht zur Giltigkeit einer Fideikommißerrichtung eine bestimmte Nachfolgeordnung verlangen und in diesem Punkte Walter Recht geben müssen. Dasselbe Resultat dürfte sich für Bayern aus § 87 des Ediktes ergeben, und in Sachsen zählt § 9 des Fam.-Anw.-Ges. die Nachfolgeordnung — allerdings nur als Sollvorschrift — als einen Teil der Satzung auf.

Damit ist aber die Frage noch nicht entschieden, ob die Errichtung in jedem Falle eine letztwillige Verfügung darstellt. Denn selbst wenn einige Rechte eine derartige Sukzessionsordnung vorschreiben, so ist damit noch nicht ausgesprochen, daß dieselbe zum Wesen des Instituts gehört, und auch wenn dies der Fall ist, so kann die Notwendigkeit der Sukzessionsordnung immer noch einen andern Grund als den einer letztwilligen Verfügung haben. Wir müssen hier noch einmal in kurzen Worten auf den Grundgedanken des Familienfideikommisses zurückkommen. Dieser

[1]) Vgl. Lewis a. a. O. S. 356 ff.

besteht, wie oben hervorgehoben wurde (§ 3), in der Erhaltung des Wohlstandes der Familie. Diesen Gedanken suchten die Römer durch ein sukzessives Vermächtnis zu erreichen und sind darüber nie hinausgekommen. Für sie stellte das Familienfideikommiß tatsächlich ein erbrechtliches Institut dar. Das deutsche Familienfideikommiß aber trägt einen ganz anderen Charakter. Wie oben angeführt wurde, ist ein wesentliches Moment für dasselbe das Beispruchsrecht der Erben gewesen. Dieses Beispruchsrecht war die Folge einer von Rechts wegen bestehenden Beschränkung in der Verfügungsmacht eines Eigentümers.[1]) Aus dem Beispruchsrecht hat sich — wie oben ausgeführt — das Familienfideikommiß entwickelt, und dieses ist demgemäß nicht ein erb-, sondern ein sachenrechtliches Institut. Das hebt auch besonders scharf Gerber hervor (a. a. O. S. 75) und ihm folgen Pfaff und Hofmann (Exkurse Bd. II, Heft 2, S. 192), indem sie betonen, daß der Fideikommißfolger weder Erbe noch Vermächtnisnehmer sei, daß sein Recht sich vielmehr als ein dingliches darstelle. „Das ganze Institut wird am richtigsten anfgefaßt, wenn man den Erwerber weniger in Beziehung zum Vormann als zum Objekt sich denkt.“[2])

Zwar hat die gemeinrechtliche Doktrin auch dieses Institut in das römische Rechtsschema bringen wollen und zu diesem Zwecke die fideikommissarischen Substitutionen herangezogen. Indes: die Anlehnung an die sukzessiven Vermächtnisse war „ein Moment in der Entwickelungsgeschichte“, das ihm seine Anerkennung sicherte, seine Befestigung in der Praxis ermöglichte“, aber auch nicht mehr.[3])

[1]) Vgl. Rosin, a. a. O. S. 328.

[2]) Gegen die Eingliederung des Familienfideikommisses ins Erbrecht spricht sich auch Guttmann (a. a. O. S. 40—46) aus, vgl. auch Crome Bd. III S. 583, Note 9.

[3]) Vgl. Gerber a. a. O. S. 72; ferner Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I S. 425: „Diese Rechtsbildung vollzog sich erst in einer Zeit, als die unter dem Einfluß des römischen Rechts veränderte Rechtsanschauungen stark genug waren, um die Begründung derartiger Verhältnisse am Familiengut unter den Gedanken und die Form einer Verfügung von Todes wegen mit ausnahmsweise weittragender Wirkung zu bringen.“

Der Unterschied beider liegt also darin, daß das sukzessive Vermächtnis ein erbrechtliches, das Fideikommiß ein sachenrechtliches Institut darstellt. Hieraus ergibt sich auch die Bedeutung, welche die Vorschriften über die Sukzessionsordnungen zu beanspruchen haben. Wo dieselben in Partikularrechten kraft positiver Gesetzesvorschrift gefordert werden, sind sie auch zur Giltigkeit eines Fideikommisses nötig; aber schon daraus, daß nicht alle Landesgesetze eine solche verlangen,[1]) geht hervor, daß sie nicht unbedingt zum Wesen des Fideikommisses gehört, und selbst wenn man dies — wie Gerber[2]) — behaupten wollte, so würde doch die Sukzessionsordnung m. E. nicht der primäre, sondern nur der sekundäre Faktor sein. Das wesentlichste Requisit, das den Gedanken des Familienfideikommisses geradezu ausmacht, ist die Unveräußerlichkeit, also wieder das sachenrechtliche Element.[3]) Aus diesem aber folgt ganz von selbst, auch ohne daß es — der Natur des Fideikommisses gemäß wenigstens — einer besonderen Folgeordnung bedarf, daß der jedesmalige Fideikommißbesitzer den Gegenstand auch nicht etwa von Todes wegen aus der Familie bringen darf.[4]) Und wenn nun das ALR. eine Sukzessionsordnung verlangt, so tut es dies nur zu dem Zweck, um gleichzeitig auch das Prinzip der Individualsukzession zur Durchführung bringen.[5]) Aus alledem aber geht hervor, daß zwar der jedesmalige Fideikommißbesitzer

---

[1]) Vgl. z. B. österr. BGB. § 624.

[2]) Gerber a. a. O. S. 88.

[3]) Energisch vertritt den Gedanken, daß einmal das Recht der Anwärter ein dingliches (was natürlich nicht möglich wäre, wenn ihnen ein Erbrecht zustände, das erst mit dem Tode des Vorbesitzers in Wirksamkeit tritt) und daß ferner das gesamte Institut kein erbrechtliches ist, auch Rosin (a. a. O. S. 360, 362, 379, 380). Besonders weist er darauf hin, daß „sich die Zugehörigkeit des Gutes zur Familie nicht bloß sprungweise von einem Sukzessionsfalle auf den andern, sondern in einem kontinuierlichen Verbleiben innerhalb eines bestimmten Personenkreises äußern soll, so daß sich der Erbfall nur als der natürliche Wechsel des zeitigen Inhabers darstellt". a. a. O. S. 380.

[4]) Vgl. auch Förster-Eccius Bd. IV, § 242 Note 22.

[5]) Vgl. Lewis a. a. O. S. 110.

über das Sondergut nicht letztwillig verfügen darf; diese Gebundenheit ist aber nur eine Folge des sachenrechtlichen Wesens der Fideikommisse, nicht der willkürlichen Anordnung des Stifters der sich etwa, wie Walter es darstellt, angemaßt hätte, über das Vermögen aller Fideikommißbesitzer ein Testament zu machen.[1]) Dieses Sondergut gehört ja garnicht zu seinem Allodialvermögen, er kann also auch nicht darüber verfügen; ja, er hat gar keinen Anspruch auf das Gut: denn vielleicht wäre ohne die Stiftung des Fideikommisses der Besitz garnicht auf ihn gekommen und hätte somit auch nicht von ihm vererbt werden können (vgl. Hager S. 34). Wie wäre es denn, wenn der Stifter, statt aus dem Vermögensgegenstande ein Fideikommiß zu errichten, denselben veräußert hätte? Durch eine solche Veräußerung hätte er doch ebenfalls sich selbst und seinen Nachkommen die Möglichkeit entzogen, darüber zu testieren.

Walter verweist, um seine Ansicht zu begründen, ferner auf die gleiche Behandlung, welche die Fideikommisse und fideikommissarischen Substitutionen im ALR. erfahren hätten, besonders auf den § 47, II, 4, der geradezu die fideikommissarischen Substitutionen heranzöge (a. a. O. S. 34). Allein es wurde bereits hervorgehoben, daß letztere ein erb-, erstere ein sachenrechtliches Institut bilden, wie denn das Vorbild für die Substitutionen im römischen, das für die Fideikommisse im deutschen Familienfideikommiß liegt.[2]) Und selbst wenn das ALR. sie unter dem Gesichtspunkte des Erbrechts behandelte, so würde dies für ihr inneres Wesen (und nur hierauf kommt es an) doch

---

[1]) Wäre das Fideikommiß ein erbrechtliches Institut, so würde durch seine Errichtung allerdings der „Status" des Stifters getroffen werden, und dann hätte Walter mit seiner Folgerung recht. Aber die Voraussetzung, auf der er baut, ist falsch; denn das Familienfideikommiß ist m. E. nicht ein erb-, sondern ein sachenrechtliches Institut, die Befugnis zur Errichtung also schlecht und recht ein Vermögensrecht. Auf dem Gebiete des Vermögensrechts aber ist Stellvertretung grundsätzlich überall zulässig, vgl. auch Breit: Zentralblatt S. 395.

[2]) Vgl. Stölzel in Gruch. Beitr. Bd. 19, S. 643.

keinen Unterschied machen.[1]) Aber das ALR. stellt die Fideikommisse garnicht einmal unter dem erbrechtlichen Gesichtspunkte dar; es hat sie im Gegenteil bei der Lehre von den fideikommissarischen Substitutionen ausgeschieden und an eine andere Stelle verwiesen (vgl. § 54 I, 12 ALR.).[2]) Wenn es nun in § 47 II, 4 wieder auf die fideikommissarischen Substitutionen zurückverweist, so kann das nur heißen, daß diese Regeln zwar entsprechend anzuwenden sind, nicht aber die völlig gleiche Behandlung bedeuten,[3]) und die Verweisung gibt auch nur an, daß hinsichtlich des Inhalts die Fideikommißsubstitutionen nach den Vorschriften der fideikommissarischen zu behandeln sind; über

---

[1]) Dieses innere Wesen des Fideikommisses ist natürlich in allen Rechten gleich; deshalb gilt, was hier gesagt ist, auch für diejenigen Sachen, die Fideikommisse und fideikommissarische Substitutionen gleichstellen, so z. B. das badische Landrecht, das in Satz 896 ausdrücklich eine Ausnahme von dem Verbote der fideikommissarischen Substitutionen für die Fideikommisse (die es also auch als solche betrachtet) geschaffen hat. Andererseits mögen die Verfasser des Landrechts erkannt haben, daß es sich beim Familienfideikommiß (das Stammgut des badischen Rechts ist ja dasselbe) doch um andere Grundgedanken handelt, und ihm gerade darum im 2. Buch Tit. 2 Kap. 50 eine ausführliche Regelung gegeben haben, an deren Stelle heute der Art. 36 bad. AGBGB. getreten ist. Auch die Literatur des badischen Rechts steht auf diesem Standpunkte, vgl. z. B. Brauer a. a. O. Bd. II, S. 315: „Zwei Ausnahmen macht unser Satz: die eine zu Gunsten des Stammguts .... Erstere ist streng genommen nicht einmal eine Ausnahme, weil das Stammgut niemals eine After-Erbschaft war." — Auch Bayern stellt teilweise beide Institute auf die gleiche Stufe, so z. B. in den §§ 1 und 2 des Ediktes vom 22. Dez. 1811, während in § 109 des Ediktes vom 26. Mai 1818 wichtige Unterscheidungen gemacht sind. So kann fideikommissarisch substituieren jeder bayrische Untertan, während die Gründung von Fideikommissen ein Vorrecht des bayrischen Adels ist; im übrigen sind die Substitutionen nach den Zivilgesetzen, die Fideikommisse lediglich nach dem Edikt zu beurteilen.

[2]) Übrigens hat auch das Ob. Tr. (Bd. 83 S. 226) darauf hingewiesen, daß im § 54 I, 12 die Fideikommisse nur beiläufig erwähnt würden, der eigentliche Sitz der Materie sich aber in II, 4 findet, und daraus — m. E. mit vollem Recht — den Schluß gezogen, daß eine Verfügung unter Lebenden keinen letztwilligen Charakter in sich trage.

[3]) Sehr klar haben den Unterschied zwischen fideikommissarischer Substitution und Familienfideikommiß wieder Pfaff und Hofmann (a a. O.

die persönliche Befähigung sagt sie nichts; § 66 I, 12, der die höchst persönliche Errichtung letztwilliger Verfügungen vorschreibt, handelt überdies nicht von den fideikommissarischen Substitutionen, sondern von Testamenten und Kodizillen; allerdings auch von den Substitutionen, da sie in einem Testament oder Kodizill erfolgen, und von Fideikommissen insoweit, als ihre Errichtung durch Testament erfolgt; da letztere jedoch auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden geschehen kann, ist § 66 I, 12 auf sie nicht anzuwenden. Aus der angeblich gleichen Behandlung beider Institute läßt sich also ebenfalls kein Schluß auf die höchstpersönliche Natur des Errichtungsaktes ziehen. Noch viel weniger ist dies natürlich im gemeinen Recht der Fall; denn hier haben beide Institute tatsächlich nicht viel mehr als den Namen gemeinsam.

Gekünstelt erscheint mir ferner der Vergleich Walters zwischen § 1 I, 12 und § 47 II, ALR., die beide die Wortgruppe „nach Gutbefinden" bezw. nach „eigenem Gutbefinden" aufweisen.[1]) Hierbei ist einmal daran zu erinnern, daß das ALR. nicht nur Gesetzbuch, sondern auch juristischer Ratgeber sein will und sich der Popularität wegen oft einer etwas ausführlichen Sprache bedient. Aber selbst wenn man dem Passus eine Bedeutung beilegen wollte, so brauchte, ja könnte das garnicht die sein, welche Walter herauslesen will. Denn wollte man schon in diesem § 1 die höchstpersönliche Natur der Testamentserrichtung ausgedrückt finden, was hätten dann die §§ 66, 16 und 18 zu bedeuten, die diesen Satz ausdrücklich aussprechen und sogar auf Minderjährige, die das 14. Lebensjahr überschritten haben,

---

S. 200 ff.) hervorgehoben, obgleich das österr. BGB. tatsächlich beide Institute in einem Abschnitt behandelt. Von den Unterschieden seien hier nur erwähnt: „Die im Familienfideikommiß Folgeberechtigten müssen, wenn auch nicht gerade mit dem Stifter, so doch unter einander verwandt sein, während bei der Substitution der Nacherbe weder mit dem Testator noch mit dem Vorerben verwandt zu sein braucht". Ferner: „Der fideikommissarische Erbe folgt immer in den Nachlaß des Testators oder eine Quote desselben, während dies beim Fideikommißerwerber fast niemals der Fall ist; darum ist jener, nicht auch dieser Erbe."

[1]) Walter S. 44, ebenso übrigens auch Guttmann S. 48.

ausdehnen? Sollte nicht vielmehr die Wortgruppe „nach Gutbefinden“ nur bedeuten: abweichend von der gesetzlichen Erbfolge? Während es bekanntlich der Stolz jedes Römers war, über den Tod hinaus Bestimmungen über sein Vermögen treffen zu können, hatten im deutschen Recht die Familienmitglieder, wie bereits mehrfach hervorgehoben ist, einen Anspruch auf das Vermögen des Erblassers; die Folge davon war, daß es ursprünglich überhaupt nur eine Instetaterbfolge gab. Nun kannte man zwar, als das ALR. in Kraft trat, schon längst letzwillige Verfügungen; aber da dieses — teilweise unter dem Einflusse des Naturrechts — viele deutschrechtliche Grundsätze in sich aufgenommen hat, war von seinem Standpunkte aus eine derartige Bestimmung, daß der Erblasser über sein Vermögen auf den Todesfall nach Gutbefinden, d. h.: wie er es wolle und nicht wie das Gesetz es ihm vorschreibt, verfügen könne, keineswegs überflüssig. Diese Erklärung des § 1, I, 12 dürfte m. E. ungezwungener sein als diejenige, die ihm Walter gibt. Das höchstpersönliche Recht der Testierfähigkeit ist nicht im § 1, sondern in den §§ 66, 16, 18 ausgesprochen. Und ebenso verhält es sich mit dem § 47 II, 4. Auch hier bedeutet die angeführte Wortgruppe m. E. nur, daß der Stifter eine ihm gut erscheinende Sukzessionsordnung: Minorat, Majorat usw. anordnen könne.

Endlich greift Walter zur Begründung, daß die Fähigkeit zur Errichtung eines Fideikommisses ebenso ein höchstpersönliches Recht sei wie die Testierfähigkeit, auf eine Entscheidung des Ober-Tribunals zurück, in der beide gleichgestellt sein sollen.[1]) Im § 23 der Einleitung zum ALR. ist bestimmt, daß die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen nach dem sogen. Personalstatut zu beurteilen seien. Daß unter diesen Paragraphen auch die höchstpersönlichen Rechte fallen, ist unzweifelhaft. Will deshalb aber die Entscheidung die genannten beiden Fähigkeiten gleichstellen? Das Obertribunal (a. a. O. S. 39) sagt wörtlich:

[1]) Vgl. Walter S. 55, 56. Strieth. Arch. Bd. 60, S. 20, 21, 39.

„Die »Befugnisse eines Menschen«, welche der § 23 der Einleitung nach den Gesetzen des Domizils, den sogen. Personalstatuten, beurteilt wissen will, begreifen auch seine Handlungsfähigkeit, also das, was die Person vermag und nicht vermag; — die Fähigkeit aber, ein Fideikommiß zu gründen, ... ist ebensogut ein Zweig dieser Handlungsfähigkeit, als etwa (!) die Befugnis, über seine Güter letztwillig zu verfügen."

Das Wort „etwa" beweist schon, daß die Testamentsfähigkeit lediglich als Beispiel herangezogen ist, das durch jedes andere ebensogut hätte ersetzt werden können. Als Beispiel hat nun das Ober-Tribunal gerade ein höchstpersönliches Recht gewählt, damit aber doch nicht sagen wollen, daß auch jene andere Fähigkeit ein solches höchstpersönliches Recht sei! Das Obertribunal wollte lediglich feststellen, daß die Fähigkeit zur Errichtung von Fideikommissen dem Personalstatut unterliege; daß es nichts weiter bezweckte, beweist auch der Umstand, daß in dem ganzen Absatze auch nicht mit einem Worte von „höchstpersönlichen Rechten" oder einem inhaltlich gleichen Ausdruck gesprochen wird.

§ 20.

d) Der Errichtungsakt als höchstpersönliches Recht nach den Vorschriften des ALR.

Walter führt als letzten Beweisgrund für seine Ansicht, daß die Errichtung eines Familienfideikommisses durch einen Vertreter unzuläßig sei, den Umstand an, daß die Redaktoren des ALR. das Institut nur mit größtem Widerwillen aufgenommen hätten (a. a. O. S. 56 ff)[1]). In der Tat

[1]) Wenn schon im vorigen § das preußische Recht bei weitem im Vordergrunde stand, so beziehen sich die folgenden Ausführungen lediglich auf Preußen. Es kann hier natürlich nicht darauf eingegangen werden, ob die einzelnen Staaten dem Institut freundlich oder feindlich gegenüberstehen, und ich würde diese ganze rechtshistorische Frage, die ich gerade für die Lösung der vorliegenden rein juristischen für völlig gleichgültig halte, überhaupt nicht berühren, wenn Walter sie nicht in seiner Abhandlung mit ziemlicher Ausführlichkeit behandelte.

hat sich Svarez in einem Promemoria in diesem Sinne ausgesprochen[1].) Aber bereits oben wurde darauf hingewiesen (§ 3), daß diese Gesichtspunkte für uns heute nicht mehr maßgebend sind, und gerade diejenigen, die Svarez hervorhebt, entbehren entweder überhaupt der Begründung oder lassen sich doch durch eine gesunde Reformgesetzgebung beseitigen.[2]) Jedenfalls ist auch der Umstand, daß man bei der Einführung des BGB. das Institut nicht beseitigt hat, ein Beweis dafür, daß sich die Ansichten geändert haben.

Nun könnte dem allerdings entgegengehalten werden, es solle bei Walter auch garnicht die Frage nach der Schädlichkeit oder Unschädlichkeit im objektiven Sinne aufgerollt, sondern nur die subjektive Ansicht der Redaktoren des ALR. festgestellt werden, um daraus den Schluß herzuleiten, daß sie eine Errichtung durch Vertreter nicht hätten zulassen wollen. Aber auch diese Folgerung würde der Schlüssigkeit entbehren. Wollte man wirklich die Gründung einschränken, so hätte man dies durch eine Erschwerung der Errichtungsform tun müssen, etwa dadurch daß man landesherrlichen Konsens verlangte, wie das ja z. B. in Schlesien der Fall war (gerade auf dieses Land weist auch Svarez hin) und auch heute in den meisten Partikularrechten der Fall ist. Die Gründung von Fideikommissen aber dadurch zu verhindern, daß man die Stellvertretung ausschließt, erscheint mir unhaltbar. Denn die Zahl der Gründungen würde, auch wenn man Stellvertretung zulassen wollte, nicht größer werden, da ja der Stellvertreter immer nur für den Vertretenen handelt, nicht etwa beide nebeneinander. Aus dieser Tatsache also, daß die Redaktoren des ALR. dem

[1]) Vgl. Jahrb Bd. 41, S. 169.

[2]) Allerdings läßt sich nicht leugnen, daß das Schicksal eines Vermögens durch das Fideikommiß über Generationen hinaus bestimmt wird; dies ist aber, wie oben auseinandergesetzt wurde, nur eine Folge des in dem Fideikommiß liegenden sachrechtlichen Elements, und wenn man es selbst als erbrechtliche Einrichtung betrachten würde, so ließe sich, wie Mecke (in „Gutachten a. d. Anwaltsstande" S. 7) hervorhebt, von diesem Gesichtspunkte aus die Zuläßigkeit letztwilliger Verfügungen anfechten.

Familienfideikommiß nicht günstig gesinnt waren, läßt sich ebenfalls kein Schluß auf die höchstpersönliche Errichtung ziehen.

Endlich sei noch auf einen Gedanken hingewiesen, den Walter in verschiedenem Zusammenhange ausspricht.[1]) Er macht nämlich darauf aufmerksam, daß das ALR. die fragliche Kontroverse überhaupt nicht erwähnt, und begründet dies damit, daß die Unzulässigkeit der Vertretung bei Errichtung eines Fideikommisses den Verfassern als selbstverständlich gegolten hätte. Mit diesem Argument aber läßt sich nichts anfangen. Im ALR. steht vieles, was sich eigentlich von selbst versteht; es hängt dies mit der oben erwähnten Tendenz des Gesetzes zusammen, nicht nur ein solches, sondern auch Lehrbuch zu sein, und mit demselben Recht, mit dem Walter seine Ansicht herleitet, könnte man den entgegengesetzten Schluß ziehen: gerade weil das so kasuistisch gestaltete ALR. diesen Fall nicht hervorgehoben hat, wollte es ihn nach seinen allgemeinen Regeln behandelt wissen, nach denen es eine Stellvertretung grundsätzlich zuließ. Man wird vielleicht nicht soweit gehen dürfen, diesen Gedanken geradezu den Verfassern des ALR. unterzuschieben; vermutlich haben sie an die fragliche Kontroverse überhaupt nicht gedacht; denn anderenfalls hätten sie dieselbe, in ihrem Streben, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, sicher in der einen oder anderen Richtung entschieden. Da wir hier eine Lücke im Gesetz haben, müssen wir sie nach den allgemeinen Grundsätzen ausfüllen, und da der Ausschluß der Stellvertretung auch schon im ALR. die Ausnahme bildete und andererseits keine der gesetzlichen Bestimmungen, welche eine solche Ausnahme statuieren, sich auf den vorliegenden Fall anwenden läßt, müssen wir an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vertretung festhalten.

---

[1]) Z. B. a. a. O. S. 43.

Schluss.

§ 21.

Ergebnis der Untersuchung.

Und dieses Resultat müssen wir auch nach neuem Recht gewinnen. Auch das BGB. hat prinzipiell die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften zugelassen und nur für gewisse höchstpersönliche Akte ausgeschlossen. Diese zählt es ebenfalls kasuistisch auf, und unter ihnen befindet sich der fragliche Fall nicht. Da sich nun aber auch keiner der angeführten Fälle analog auf den vorliegenden anwenden läßt und eine allgemeine Begriffsbestimmung der höchstpersönlichen Rechte wegen ihrer allzugroßen Verschiedenheit nicht aufgestellt werden kann, so darf nach dem geltenden Rechte eine Vertretung — bei Errichtung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden — nicht ausgeschlossen werden.[1])

Aber auch vom Standpunkte der väterlichen und vormundschaftlichen Befugnisse aus muss man zu diesem Resultat kommen. Wir haben gesehen, daß Vater und Vormund in ihren Rechtshandlungen über das Mündelvermögen grundsätzlich frei gestellt sind und nur ganz bestimmten Schranken unterliegen; ja als eine Handlung, die ihnen völlig verboten ist, kommt überhaupt nur die Schenkung in Betracht; zwar kann unter Umständen die Gründung eines Fideikommisses einer solchen analog behandelt werden und Nichtigkeit zur Folge haben. Im Regelfalle jedoch wird dies nicht möglich sein, und man muß daher sowohl dem Vater wie dem Vormunde prinzipiell diese Handlung gestatten. Allerdings ist der Vormund dabei in jedem Falle, an die Ge-

[1]) Anders bei Errichtung in einer letztwilligen Verfügung.

nehmigung eines anderen Organs gebunden: und zwar bei Gründstücksfideikommissen an die des Vormundschaftsgerichts (1821 Ziff. 1 BGB.). Bei Kapitalfideikommissen, an die des Gegenvormunds (1812 BGB.).

Der Entwurf des Fideikommißgesetzes von 1903 hat die hier behandelte Frage in einem besonderen Paragraphen (§ 11) geregelt, und zwar in dem entgegengesetzten Sinne. Die Motive (S. 62, 63) führen als Grund dafür die weittragende Bedeutung an, die der Akt für den Stifter und seine Erben hat. Deshalb wollen sie diesem allein die Entscheidung darüber lassen. Da aber auf der anderen Seite Minderjährigen oft die nötige Verstandesreife fehlt, verlangt der Entwurf wenigstens die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Daß der Akt in der Tat wichtige Folgen hat, läßt sich nicht leugnen, und man wird daher de lege ferenda der Regelung des Entwurfs beistimmen können. Nach dem gegenwärtig geltenden Rechte aber läßt sich ein „die Stellvertretung ausschließender oder beschränkender Rechtssatz weder aus allgemeinen Gesichtspunkten, noch aus dem besonderen Wesen des Fideikommißrechts herleiten".[1])

[1]) Vgl. Ramdohr S. 273.

Lebenslauf.

Am 30. Januar 1889 wurde ich, Walter Redlich, in Breslau als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Georg Redlich und seiner Ehefrau Hedwig geb. Hirschstein geboren. Ich bin jüdischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Meine Schulbildung empfing ich auf dem König Wilhelms-Gymnasium in Breslau, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Darauf studierte ich an der Universität Breslau sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und hörte Vorlesungen bei den Herren Dozenten:

Bohn †, Brie, Dahn, Dierschke, Drescher, Fischer, Gretener, Heilborn, Hönigswald, Klingmüller, Kühnemann, Leonhard, Lesser, Herbert Meyer, Schott, Will. Stern, v. Wenckstern, Wobbermin, Wolf.

Am 11. Juli 1910 legte ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab und bestand am 22. Juli 1910 vor der juristischen Fakultät der Universität daselbst das Rigorosum.

Am 2. August 1910 trat ich als Referendar den Vorbereitungsdienst am Kgl. Amtsgericht in Striegau an; gegenwärtig bin ich am Kgl. Landgericht in Breslau beschäftigt.